

# CUADERNOS DE DERECHO TRANSNACIONAL

# CDT

Octubre 2019  
Volumen 11 Número 2

www.uc3m.es/cdt

EISSN: 1989-4570

ESTUDIOS	Équivalence et reconnaissance du statut civil des personnes faisant ménage à deux <i>Equivalence and recognition abroad of registered unions between two persons</i> ILARIA PRETELLI	8
	Derechos humanos fundamentales y gestación por subrogación en el marco de los nuevos modelos familiares <i>Human rights and surrogate motherhood in the frame of new forms of family</i> HILDA AGUILAR GRIEDER	32
	A gestação de substituição e o direito internacional privado. A realidade portuguesa <i>Surrogacy and the conflict of laws. A Portuguese perspective</i> ELSA DIAS OLIVEIRA	45
	Jurisdiction and applicable law to contracts for the sale of goods and the provision of services including the carriage of goods by sea and other means of transport in the European Union <i>Jurisdicción y derecho aplicable a los contratos de compraventa de mercaderías y de prestación de servicios incluyendo el transporte de mercancías por vía marítima y otros medios de transporte en la Unión Europea</i> JONATAN ECHEBARRÍA FERNÁNDEZ	58
	Arbitraje como cauce de resolución de los conflictos administrativos: ¿evolución o revolución? <i>Arbitration for the resolution of administrative disputes: evolution or revolution?</i> CARLA ESPLUGUES BARONA	85
	La ley aplicable a las donaciones internacionales <i>Applicable law to international donations</i> NATIVIDAD GOÑI URRIZA	100
	Mercado único digital: medidas contra el bloqueo geográfico injustificado, contratos de consumo concluidos por vía electrónica y normas de Derecho internacional privado <i>Eu digital single market: measures against unjustified geo-blocking, electronic consumer contracts and the conflict of laws</i> RAÚL LAFUENTE SÁNCHEZ	117
	Integration and cooperation of International and European Private Law according charter of the fundamental rights of the European Union <i>Integración y cooperación del Derecho privado internacional y europeo según la carta de los derechos fundamentales de la Unión Europea</i> DIMITRIS LIAKOPOULOS	150

Área de Derecho  
Internacional Privado



Universidad  
Carlos III de Madrid  
www.uc3m.es



Los actores no estatales internacionales a la luz del Derecho internacional: el caso de las empresas transnacionales <i>International non-state actors under the light of International Law: the case of transnational companies</i> EUGENIA LÓPEZ-JACOISTE DÍAZ	194
Tax justice issues in the European Union <i>Cuestiones de justicia tributaria en la Unión Europea</i> CARLOS MARÍA LÓPEZ ESPADAFOR	230
La vecindad civil y los conflictos inter temporales en la ley de Derecho civil vasco <i>The Basque civil neighbourhood and the intertemporal conflicts in the Basque civil law</i> NEREA MAGALLON ELÓSEGUI	253
El diálogo sordo entre el TJUE y el Derecho de extranjería: del Reino Unido al caso español <i>The deaf dialogue between CJEU and Immigration Law: from the United Kingdom to the Spanish case</i> DIANA MARÍN CONSARNAU	270
Recognition in Italy of filiation established abroad by surrogate motherhood, between transnational continuity of personal status and public policy <i>Il riconoscimento in Italia del rapporto di filiazione costituito all'estero tramite maternita' surrogata, tra continuita' dello status e ordine pubblico</i> FABRIZIO MARONGIU BUONAIUTI	294
Recognition and enforcement of declaratory awards under English Law as an effective method to protect the arbitration agreement <i>Reconocimiento y ejecución del laudo declarativo en el Derecho inglés como método efectivo para proteger el convenio arbitral</i> JAVIER PÉREZ FONT	306
La pérdida del interés (superior del menor) cuando se nace por gestación subrogada <i>The loss of interest (of the child) when born by surrogate motherhood</i> LORENA SALES PALLARÉS	326
La problemática derivada del reconocimiento de los efectos del contrato de gestación subrogada desde la perspectiva del Derecho del trabajo y de la Seguridad Social <i>The problem derived from recognizing the effects of gestation contract subrogated from the perspective of labor law and social security</i> DAVID TOMÁS MATAIX	348
Las insolvencias transfronterizas en la Unión Europea: perspectivas jurisprudenciales y retos <i>Cross-border insolvencies in the European Union: recent case law and new challenges</i> ELISA TORRALBA MENDIOLA	360
<hr/>	
VARIA	
Sumisión de las partes a los tribunales belgas en el marco de un contrato internacional de agencia comercial: comentario a la sentencia de la Audiencia Provincial de Barcelona (Sección 1ª) de 21 de diciembre de 2018 <i>Submission of the parts to the Belgian tribunals about the international agency agreements: comments about the judgement issued by the Audiencia Provincial de Barcelona on 21 December 2018</i> HILDA AGUILAR GRIEDER	380
Una acertada orientación jurisprudencial en relación a la validez y alcance de la cláusula sumisoria a favor de tribunal extranjero contenida en un conocimiento de embarque. Comentario al Auto de 13 de febrero de 2019 de la AAP de Barcelona (Sección 15) <i>A correct jurisprudencial orientation in relation to the validity and scope of the submissive clause in favor of a foreign court contained in a bill of lading. Commentary on the Judgment of February 13, 2019 of the Provincial Court of Barcelona (Section 15)</i> JUAN JOSÉ ÁLVAREZ RUBIO	388
La configuración de la venta <i>on line</i> de productos de lujo en los sistemas de distribución selectiva <i>The configuration of the on line sale of luxury products in selective distribution system</i> ISABEL ANTÓN JUÁREZ	402

Crónica de jurisprudencial laboral internacional. Julio / diciembre 2018 <i>Chronicle of international labor jurisprudence. July / December 2018</i> ÁNGEL ARIAS DOMÍNGUEZ	414
Aplicabilidad de un acuerdo de elección de foro a una reclamación de indemnización de daños por vulneración del Artículo 102 TFUE: el caso <i>Apple Sales International</i> (C-595/17) <i>Applicability of a jurisdiction agreement to a claim of damages by infringement of Article 102 TFEU: the Apple Sales International case (C-595/17)</i> ALFONSO-LUIS CALVO CARAVACA / JULIA SUDEROW	439
El Artículo 15 del Reglamento 2201/2003 y la remisión a un órgano jurisdiccional mejor situado para conocer del asunto. Nota a la Sentencia del TJUE de 4 de octubre de 2018, IQ y JO, AS. 478/17 <i>Article 15 of Regulation 2201/2003 and the transfer to a court better placed to hear the case. Comment to the ECJ Judgment 4 October 2018, IQ v JO, C-478/17</i> BEATRIZ CAMPUZANO DÍAZ	452
Una nueva sentencia del TJUE sobre el concepto de residencia habitual en el marco del Reglamento 2201/2003: sentencia de 17 de octubre de 2018, UD y XB, AS. 393/18 PPU <i>A new ECJ judgment about the concept of habitual residence in the framework of Regulation 2201/2003: judgment 17 October 2018, UD v. XB, C. 393/18</i> BEATRIZ CAMPUZANO DÍAZ	462
Ley Nacional del Causante, autonomía de la voluntad conflictual y reenvío. Una obra en tres actos. Breves notas a la sentencia del Tribunal Supremo de 15 enero 2019 <i>National law of the deceased, party autonomy and renvoi. A play in three acts. Comments on the spanish supreme court judgement of 15th January 2019</i> JAVIER CARRASCOSA GONZÁLEZ	472
“Trampantojo” de foros ante los profusos incumplimientos llevados a cabo por la compañía Ryanair en vuelos internacionales <i>“Trampantojo” forums for the numerous breaches carried out by Ryanair in international flights</i> DAVID CARRIZO AGUADO	490
Extensión del convenio arbitral a terceros y orden público internacional: comentario al Auto del TSJ del País Vasco (sala de lo Civil y Penal) No. 277/2018, de 7 de noviembre de 2018 <i>Extensión of the arbitration agreement to a third party and international public policy: commentary on the order of the Tribunal Superior de Justicia (High Court of Justice) of the Basque Country (Civil and Criminal Chamber) No. 277/2018, of November 7<sup>th</sup>, 2018</i> MARTA CASADO ABARQUERO	508
Comentario a la sentencia del Tribunal de Justicia de la Unión Europea (Gran Sala), de 26 de marzo de 2019, sobre la abusividad de determinadas cláusulas de vencimiento anticipado de préstamos hipotecarios (de Modestino a Bauman, o del “derecho sólido” al “derecho líquido”) <i>Commentary on the judgment of the Court of Justice of the European Union March 26, 2019, regarding the abusivity of certain clauses of advanced expiration of mortgage loans (from Modestino to Bauman, or from “solid law” to “liquid law”)</i> JUAN MARÍA DÍAZ FRAILE	520
Gestación por sustitución en España: <i>a hard case needs law</i> . De por qué la jurisprudencia no puede resolver este problema <i>Surrogacy in Spain: a hard case needs law. Why jurisprudence can not solve this problem</i> ANTONIA DURÁN AYAGO	575
Jurisdiction and applicable law to claims related to the payment of contributions to the budget of an association of property owners for the maintenance of the communal areas of a building. Comment on the judgment of the Court of Justice of the European Union of 8 May 2019, Brian Andrew Kerr v Pavlo Postnov and Natalia Postnova, C-25/18 <i>Jurisdicción y ley aplicable a las reclamaciones relacionadas con el pago de las contribuciones al presupuesto de una comunidad de propietarios para el mantenimiento de las zonas comunes de un edificio. Comentario a la sentencia del Tribunal de Justicia de la Unión Europea de 8 de mayo de 2019, Brian Andrew Kerr contra Pavlo Postnov y Natalia Postnova, C-25/18</i> JONATAN ECHEBARRÍA FERNÁNDEZ	583

<p>La sentencia del Tribunal de Primera Instancia de Tánger (Marruecos) de 30 de enero 2017 sobre filiación extramatrimonial: ¿afirmación de la tradición o un paso hacia la innovación?  <i>The decision of the Court of First Instance of Tangier (Morocco) of January 30, 2017 about extramarital filiation: affirmation of tradition or a step towards innovation?</i>                      SALMA EL OUAZZANI CHAHDI</p>	592
<p>La reconvencción en los litigios sobre contratos internacionales de trabajo. (Comentario a la STJUE de 21 de junio de 2018, asunto C-1/17, Petronas Lubricants Italy)  <i>The counter-claim in litigation about international contracts of employment. (Commentary to EUCJ judgment 21 June 2018, case C-1/17, Petronas Lubricants Italy)</i>                      ÁNGEL ESPINIELLA MENÉNDEZ</p>	604
<p>Sucesión de un nacional británico residente en España: el reenvío, de nuevo, como elemento decisivo entre la libertad de testar y los derechos sucesorios de legítima, típicos del Derecho civil común español  <i>Succession of a British national resident in Spain: renvoi, again, as a decisive element between freedom to make a will and the legitimate successory rights, typical of the Spanish Common Civil Law</i>                      LAURA GARCÍA GUTIÉRREZ</p>	616
<p>La filiación internacional a examen por el Tribunal Supremo. A propósito de las sentencias TS 223 y 224 de 17 de abril de 2018  <i>International declaration of parentage before the Supreme Court. Supreme Court case Law N° 223 and 224, 17<sup>th</sup> April 2018</i>                      MÓNICA GUZMÁN ZAPATER</p>	624
<p>Procedencia de exequatur de sentencia extranjera de divorcio dictada en rebeldía del demandado: comentario al auto de la Audiencia Provincial de Tarragona, de 21 de enero de 2019  <i>The recognition and enforcement of foreign divorce judgment rendered in absentia of the defendant: notes to the judicial decree of the Provincial Court of Tarragona, of January 21, 2019</i>                      LERDYS S. HEREDIA SÁNCHEZ</p>	636
<p>Análisis del consentimiento del progenitor al desplazamiento o la retención del menor en un estado distinto al de su residencia habitual. Su interpretación en el auto de la Audiencia Provincial Barcelona (Sección 18ª) de 27 de noviembre  <i>Analysis of the consent of the non-abducting parent to the removal or retention of the child. Interpretation of the Spanish Court of Appeal of Barcelona (Seccion 18ª) of 27<sup>th</sup> November</i>                      MÓNICA HERRANZ BALLESTEROS</p>	641
<p>Caso Nintendo: ¿evolución o involución en la protección del diseño comunitario? Comentario de la sentencia de 27 de septiembre de 2017, asuntos acumulados C-24/16 y C-25/16  <i>Nintendo case: evolution or involution in the protection of community design? Comment on the judgment of September 27, 2017, joined cases C-24/16 and C-25/16</i>                      VANESSA JIMÉNEZ SERRANÍA</p>	652
<p>Pensión de viudedad y convivencia more uxorio: parejas de hecho “de derecho” y parejas de hecho “de hecho” (STSJ de Castilla y León de 10 de diciembre de 2018)  <i>Widow's pension and cohabitation more uxorio: domestic partnership and registered partnership (decision of the higher Court of Castilla y León of December 10, 2018)</i>                      PILAR JUÁREZ PÉREZ</p>	666
<p>La invisible situación jurídica de las mujeres para el TEDH ante la maternidad subrogada en la primera opinión consultiva del protocolo N° 16  <i>The invisible legal situation of women for the ECHR to cross border subrogated in the first advisory opinion of protocol N° 16</i>                      GUILLERMO LAZCOZ MORATINOS / ANDER GUTIÉRREZ-SOLANA JOURNOUD</p>	673
<p>Inmuebles fronterizos, corrección de frontera y competencia judicial internacional de los tribunales españoles  <i>Crossborder property, border changes and international jurisdiction of the Spanish courts</i>                      ISABEL LORENTE MARTÍNEZ</p>	693

Régimen de alegación y prueba del Derecho extranjero y <i>Lex Loci Delicti Commissi</i> . Comentario a la sentencia de la Audiencia Provincial de las Islas Baleares de 13 de diciembre de 2018 <i>Scheme of allegation and proof of Foreign Law and Lex Loci Delicti Commissi. Comment on the judgment of the Spanish Court of Appeal of the Balearic Islands of 13 December 2018</i> ALFONSO ORTEGA GIMÉNEZ	705
Competencia judicial internacional en acciones de consumidores contra compañías aéreas. Comentario a los autos del Juzgado de lo Mercantil de Madrid de 25/9/2018, 4/10/2018, 9/10/2018, 18/10/2018 y a la sentencia de la Audiencia Provincial de Girona de 27/9/2018 <i>International judicial competence in consumer actions against air companies. Commentary to the authors of the Court of Commercial of Madrid of 25/9/2018, 4/10/2018, 9/10/2018, 18/10/2018 and the judgment of the Provincial Hearing of Girona on 27/9/2018</i> ALFONSO ORTEGA GIMÉNEZ	718
El juego de la prescripción en el ejercicio de acciones judiciales de reclamación de daños y perjuicios derivadas de ilícitos contra la competencia <i>Dealing with the statute of limitation in claims for damages arising out of antitrust infringements</i> ALBERT POCH	727
El fuero del Baylio, a propósito del comentario de la sentencia de la Audiencia Provincial de Badajoz, de 18 enero 2019 <i>The “fuero del Baylio”, with occasion of commentary of the judgment of the Appeal Court of Badajoz, 18<sup>th</sup> January 2019</i> JULIANA RODRÍGUEZ RODRIGO	747
¿Qué requisitos deben cumplirse para que se aplique la Ley del Foro a una obligación alimenticia? El asunto C-214/17, Mölk <i>What requirements must be met for the Law of the Forum to apply a maintenance obligation? Case C-214/17, Molk</i> M <sup>a</sup> ÁNGELES RODRÍGUEZ VÁZQUEZ	760
Comentario del AAP Cádiz N <sup>o</sup> 242/2018 de 13 de noviembre: ejecución en España de una sentencia dictada en Guadalupe. Embargo de buque <i>Comments to AAP Cádiz N<sup>o</sup> 242/2018 of 13 November: execution in Spain of a judgment delivered in Guadalupe. Seizure of ship</i> YERAY ROMERO MATUTE	768
El caso Campanelli y Paradiso ante el Tribunal Europeo de Derechos Humanos: el concepto de familia de facto y su aportación al debate de la gestación por sustitución <i>Campanelli and Paradise vs. Italy case before the European Court of Human Rights: family de facto concept and its contribution to the surrogacy</i> DR. ANNA MARÍA RUIZ MARTÍN	778
Inconvenientes que suscitan las crisis matrimoniales con elementos internacionales: comentario a la SAP Zaragoza (Sección Segunda) de 16 de noviembre de 2018 <i>Difficulties arising from marriage crisis with international elements: commentary to SAP Zaragoza (Second Section) of 16 November 2018</i> M <sup>a</sup> JESÚS SÁNCHEZ CANO	792
El reconocimiento incidental de una adopción internacional vinculado a la adquisición de la nacionalidad española: aspectos prácticos <i>The incidental recognition of an international adoption connected with the acquisition of Spanish nationality: practical aspects</i> M <sup>a</sup> JESÚS SÁNCHEZ CANO	801
La inseguridad jurídica derivada de la insuficiente regulación de la gestación subrogada en España <i>Legal insecurity arising from the insufficient regulation of surrogacy in Spain</i> SILVIA VILAR GONZÁLEZ	815
R. Hüßtege/H.-P. Mansel (Hrsg.), BGB: Rom-Verordnungen, EuGüVO, EuPartVO, HUP, EuErbVO, Band 6 ALFONSO-LUIS CALVO CARAVACA	824
Normas de publicación en la revista	826

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

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

## **Directores**

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

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 internationales  
Privatrecht, Hamburg)

CRISTINA CAMPLIGIO  
(Univ. Pavia)

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

ANGELO DAVÌ  
(Univ. degli Studi di Roma "La Sapienza")

PIETRO FRANZINA  
(Univ. Ferrara)

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

JAVIER GÓMEZ GÁLLIGO  
(Letrado DGRN)

STEFAN LEIBLÉ  
(Univ. Bayreuth)

LUÍS DE LIMA PINHEIRO  
(Univ. Lisboa)

ULRICH MAGNUS  
(Univ. Hamburg)

PETER MANKOWSKI  
(Univ. Hamburg)

HEINZ PETER MANSSEL  
(Univ. Köln)

SILVIA MARINO  
(Univ. degli Studi dell'Insubria)

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 ZANOBBETTI  
(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](mailto:isabel.anton@uc3m.es)

Página web: <http://www.uc3m.es/cdt>

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

## ESTUDIOS

# ÉQUIVALENCE ET RECONNAISSANCE DU STATUT CIVIL DES PERSONNES FAISANT MÉNAGE À DEUX

## EQUIVALENCE AND RECOGNITION ABROAD OF REGISTERED UNIONS BETWEEN TWO PERSONS

ILARIA PRETELLI

*Collaboratrice scientifique*

*à l'Institut suisse de droit comparé de Lausanne*

ORCID ID 0000-0002-6231-8343

Recibido: 15.06.2019 / Aceptado: 05.07.2019

DOI: <https://doi.org/10.20318/cdt.2019.4947>

**Resumé:** IL'équivalence de l'institution du mariage, en dépit des différences entre les réglementations nationales, rend très rares les cas de non-reconnaissance du statut de personne mariée. A cette homogénéité s'oppose l'hétérogénéité des partenariats enregistrés. Dans certains pays, leur incompatibilité avec les principes de base de la politique sociale et de la famille peut atteindre voire dépasser le seuil de l'ordre public. Pour éviter une amputation excessive des droits individuels acquis à l'étranger, des solutions de compromis, parfois proches du paradoxe, s'imposent. Cette harmonie partielle est réalisée par la reconnaissance de certains des effets rattachés au statut acquis à l'étranger. Le statut boiteux qui en résulte, loin de générer un "effet de surprise" susceptible de décevoir les attentes des individus concernés, est devenu un "effet recherché", dans le but de réaliser une pression croissante sur la politique législative, en vue de réaliser une uniformisation plus ample du droit de la famille de l'époque néolibérale. En attendant l'évolution future, les systèmes de droit international privé nationaux évaluent l'équivalence des institutions étrangères à leurs propres institutions, afin de les faire vivre à l'intérieur de leurs frontières.

**Mots clés:** unions civiles, partenariats enregistrés, régimes matrimoniaux, droit international privé, reconnaissance, équivalence.

**Abstract:** This paper analyses the current existing models of "civil unions" in comparative perspective with a view to identify the conditions for their exportability. Their exportability is also a ground for identifying the most suitable model for a possible future harmonisation of civil unions and, in this respect, to verify whether, following a Scandinavian trend, the traditional marriage, transmuted into a marriage between two neutral beings, could represent such model. Four main governmental attitudes towards homosexual couples offer at present a fertile ground for conflicts of laws, whose content is explored with special reference to Switzerland, Italy and to the European Area of Freedom, Justice and Security. Ensuring full international harmony of solutions implies renouncing to basic social policy principles on family law, when these are incompatible with the model whose import is demanded by the individuals concerned. Hence, compromise solutions are found to ensure at least a partial harmony through the recognition of some of the effects attached to the foreign status, if the latter cannot be considered equivalent to a correspondent domestic one. The limping unions that result are often far from unpredictable, and rather enshrine a political vision aimed at influencing legislative policies.

**Keywords:** homosexual couples, matrimonial property, civil unions, recognition of foreign acts, and equivalence.



**Sommaire:** Introduction. 1. Résistance et évolution de l’institution du mariage. 2. Caractère éphémère des nouvelles unions juridiquement reconnues. 3. Synthèse systématique des lois en conflit. 3.1. Systèmes traditionnels. 3.2 Systèmes dualistes reconnaissant l’union homosexuelle en tant qu’union ontologiquement distincte du mariage traditionnel. 3.3. Systèmes monistes qui considèrent la condition de la complémentarité des sexes une discrimination fondée sur l’orientation sexuelle. 3.4. Systèmes mixtes. 4. Le caractère boiteux des statuts civils hétérodoxes acquis à l’étranger. 4.1. Le caractère boiteux des mariages du polygame. 4.2. Le statut civil boiteux de la personne de religion juive ayant contracté un mariage homosexuel ou mixte. 5. Le caractère impératif et supplétif du droit du for. 5.1. La soumission des couples étrangers résidant en Suisse au régime matrimonial suisse applicable par défaut. 5.2. La soumission du mariage homosexuel formalisé à l’étranger aux règles prévues pour les unions typées suisses et italiennes. 6. Les unions typées entre reconnaissance et équivalence. 6.1. L’équivalence des unions étrangères au partenariat suisse. 6.2. Du conflit de civilisations au conflit de morales. 7. Le statut boiteux entre stupeur et tremblements.

## I. Introduction

1. Il y a une trentaine d’années, le déclin du mariage semblait irréversible. La mobilité sociale de l’après-guerre, la laïcisation progressive des piliers de la société, “l’irruption du féminin”<sup>1</sup>, semblaient avoir rendu l’institution obsolète, vouée à la désuétude, héritage d’une société patriarcale dépassée. Cette évolution a été démentie par l’histoire: la revendication du droit de former une famille non “encadrée” par l’ordre juridique de référence, corollaire des révolutions sexuelles des années ‘60 et ‘70, a été suivie par la revendication opposée, qui fait du mariage civil (mais aussi religieux) l’instrument nécessaire et indispensable à l’élimination de discriminations sociales des personnes homosexuelles. Ainsi, de plus en plus de sociétés, situées dans de différentes zones géographiques de la planète, évoluent vers l’élimination de la complémentarité des sexes en tant que condition *sine qua non* du mariage, sans pourtant remettre en discussion le rôle social de l’institution, considérée la plus fiable pour légitimer la fondation d’une famille. La divergence des solutions – qu’elle soit plus ou moins transitoire – rend le statut civil de personnes unies par des mariages homosexuels ou des partenariats enregistrés aussi boiteux que celui – bien connu par notre discipline – des femmes “cadettes” du polygame. A la lumière d’un synthétique état des lieux, qui ne se prétend nullement exhaustif<sup>2</sup>, cet article invite à s’interroger sur les objectifs actuellement sous-jacents à l’intervention de la loi dans l’espace intime des couples, notamment afin de vérifier les possibilités réelles d’une convergence des droits nationaux ou, en attendant que cette convergence se réalise, de considérer les voies d’un possible aménagement des lois en conflit par le droit international privé.

## II. Résistance et évolution de l’institution du mariage”

2. Dès que des pouvoirs publics ont été mis en place pour la gouvernance des sociétés humaines, le mariage et la famille ont été soumis à un contrôle normatif plus ou moins intrusif. Ce contrôle

<sup>1</sup> E. ROUDINESCU, *La famille en désordre*, Paris, 2002.

<sup>2</sup> L’auteure précise avoir été désignée comme responsable scientifique de l’étude comparative de l’Institut suisse de droit comparé de Lausanne “Avis sur la transcriptibilité des unions homosexuelles étrangères dans le registre de l’état civil suisse” mandaté par l’office suisse de l’état civil (dorénavant *Avis sur la transcriptibilité des unions homosexuelles*), disponible à l’adresse <https://www.bj.admin.ch/dam/data/bj/gesellschaft/zivilstand/dokumentation/avis14-018.pdf>. Il s’agit notamment d’une synopsis des règles en vigueur en 45 législations nationales et 19 législations régionales sur la transcription du mariage, des partenariats enregistrés et des unions typées entre deux personnes adultes de même sexe dans les fichiers de l’état civil. L’Institut suisse avait déjà créé deux tableaux comparatifs ayant pour but de présenter les réglementations en matière d’unions entre personnes de même sexe en 2006 et en 2010. Comme les précédentes, l’étude de 2016 concerne uniquement les modèles juridiques d’unions et présente les caractéristiques utiles à leur comparaison mutuelle. Les conséquences des partenariats étrangers en matière d’adoption, de droit successoral, de droit fiscal, de droit du travail ne sont pas prises en considération. L’étude fait référence aux mariages et unions de faits et est sans prétention d’exhaustivité.

est exercé par les autorités religieuses<sup>3</sup>, mais aussi par les autorités politiques dans les pays qui ont bénéficié de l'impulsion donnée au droit civil de la famille par le code Napoléon, ainsi que dans tout pays laïque.

3. Un des objectifs du contrôle de l'Église catholique sur le mariage, par le biais du droit canon, avait été celui d'arrêter la marchandisation des femmes<sup>4</sup>, qui ont été autrefois et sont toujours, dans certaines zones de la planète, l'objet des contrats de vente. En témoignent aujourd'hui certaines cérémonies de *traditio* de la jeune épouse – accompagnée ou non de sa dot – par la famille d'origine à la famille d'acquisition. Ces rites sont encore pratiqués, notamment en Inde. En plusieurs pays africains, les interdictions législatives de la dot restent souvent ineffectives en raison de leur contraste avec la coutume locale ou des normes religieuses. En Europe, même si le principe de la liberté du consentement et la conséquente désuétude de la dot sont désormais acquis, l'augmentation des mariages forcés des mineures appartenant à des cultures juridiques d'ailleurs a requis tout récemment des réformes législatives et la mise en œuvre de mécanismes de prévention et contrôle.

4. Une deuxième *ratio* du contrôle public sur le mariage, généré encore une fois par l'exigence de protéger la femme, consiste à faire respecter le pacte synallagmatique implicite sur lequel l'institution traditionnelle a reposé pendant plusieurs siècles et dans plusieurs sociétés du monde. À cet égard, la loi des pays occidentaux impose des obligations financières à la partie qui les a spontanément assumées pendant une certaine période – dans la plupart des traditions le mari – en présumant que celle-ci a bénéficié, en échange, d'une assistance constante dans ses besoins du quotidien, assistance qui lui a permis, notamment, de se focaliser sur la poursuite de sa carrière et le soutien économique de la famille. D'autre part, on octroie des droits économiques à la partie – traditionnellement la femme – qui a affecté sa vie et son travail quotidien aux besoins du ménage familial et en particulier à ceux de son conjoint, parce-que cette affectation a comporté qu'elle renonce à son indépendance économique et à sa carrière<sup>5</sup>.

5. La nécessité d'un rééquilibrage économique est encore d'actualité en dépit de l'émancipation de la femme, bien que, dans la culture juridique occidentale, elle ne soit plus cette "éternelle mineure", soumise au chef de la famille et à ses "pouvoirs de correction"<sup>6</sup>. Le droit de la majorité de pays présume encore – et malheureusement à juste titre – que le déséquilibre entre les deux parties du couple soit dû au fait que l'une a consacré son temps plus aux besoins matériels de l'autre qu'à ses exigences professionnelles, et que ce dernier en a tiré profit. Cette présomption explique la reconnaissance, au moment de la séparation et du divorce, du droit de la partie "faible" à garder le même train de vie qui lui était assuré par l'autre partie pendant le mariage (et peu importe la durée de celui-ci).

6. Malgré l'origine "générée" de l'inégalité économique des personnes mariées, témoignée par la persistance de politiques visant à promouvoir l'égalité des chances et à combattre les inégalités salariales entre femmes et hommes, l'exigence d'un rééquilibrage économique ne disparaît pas avec celle de la complémentarité des sexes dans le cadre du mariage, n'étant nullement une prérogative du couple

<sup>3</sup> J.-P. POLY, *Le chemin des amours barbares. La genèse médiévale de la sexualité européenne*, Paris, 2003, *passim* et p. 58 sur l'obsession du droit canonique à poursuivre "la triade des crimes sexuels": inceste, adultère, homosexualité. Voir *ibidem* les raisons du contrôle de la sexualité par l'église au Moyen Âge. V. les travaux de J. GAUDEMET, *Église et société en Occident au Moyen Âge*, London, 1984; Id. *Le mariage en Occident. Les mœurs et le droit*, Paris, 1987; Id., *Droit de l'Église et vie sociale au Moyen Âge*, Northampton, 1989.

<sup>4</sup> G. DUBY, *Le chevalier, la femme et le prêtre. Le mariage dans la France féodale*, Paris, 1981, *passim* sur l'origine de la doctrine du principe de libre consentement au mariage dans le droit canonique; O. GIACCHI, *Il consenso nel matrimonio canonico*, Milano, 1950, *passim* qui identifie l'essence du mariage dans l'objet du consentement: le don réciproque, exclusif et perpétuel, du corps (*deditio iuris in corpus*).

<sup>5</sup> Bien évidemment, il en va différemment pour ce qui concerne les devoirs d'assistance réciproques et en faveur des enfants du couple. Voir A. DAVI, "Separazione personale dei coniugi (diritto internazionale privato)", *Enciclopedia del diritto*, vol. XLI, Milano, 1989, p. 1431 ss., et plus récemment: Id., "Il diritto internazionale privato italiano della famiglia e le fonti di origine internazionale o comunitaria", *Riv. dir. int.*, 2002, p. 861; Id., A. ZANOBETTI, "Le obbligazioni alimentari tra parti di un'unione civile e tra conviventi nel diritto internazionale privato", *Rivista trimestrale di diritto e procedura civile*, 2017, p. 196.

<sup>6</sup> G. DUBY, M. PERROT, *Histoire des femmes en Occident*, Paris, 2002.

hétérosexuel. Dans un ménage homosexuel, il arrive qu'un partenaire assume un rôle stéréotypiquement associé à celui de la femme et l'autre un rôle stéréotypiquement associé à celui du mari<sup>7</sup>.

7. Le persistant intérêt de la société pour le mariage est lié à cette double exigence de protection de la partie plus faible de deux personnes qui forment le ménage: principe de liberté de consentement et principe d'égalité entre époux. Ayant fait ses preuves à travers l'histoire et la sociologie, le mariage reste une institution prisée par les individus de l'époque contemporaine, au point que les nouvelles institutions, créées dans le but d'octroyer aux ménages homosexuels – et surtout aux “parties faibles” de ceux-ci – les mêmes droits reconnus aux personnes mariées, ont été jugées discriminatoires par les cours suprêmes de plusieurs pays<sup>8</sup>.

### III. Caractère éphémère des nouvelles unions juridiquement reconnues

8. Au-delà des considérations économiques, la reconnaissance sociale du couple homosexuel ne semble pouvoir être assurée que par la reconnaissance juridique d'un statut civil sinon égal du moins modelé sur celui du mariage traditionnel.

9. Ainsi, la majorité des pays qui ont préservé la complémentarité des sexes en tant que condition du mariage a introduit de nouveaux “types juridiques” d'unions qui permettent aux couples homosexuels faisant ménage commun de formaliser leur relation et de la rendre publique. Ces unions sont désignées comme “unions civiles” en Italie et en Angleterre (*unioni civili, civil unions*), ou comme partenariats enregistrés (*Lebenspartnerschaft, Eingetragene Partnerschaft* etc.) selon la terminologie plus en vogue dans les pays germanophones, les pays de l'Est, les États scandinaves, et aux Pays Bas. Parmi ces unions, il est possible de distinguer les unions à caractère purement contractuel des unions comportant une modification du statut personnel des partenaires. La différence principale entre les deux modèles est que les secondes semblent avoir une incidence sur la capacité matrimoniale des personnes qui forment l'union, ainsi devenue un “type juridique” nouveau.

10. La doctrine de droit international privé – dans un souci de simplification et pour assurer une certaine continuité à la dimension juridique de la vie des individus<sup>9</sup> – estompée cette distinction, pour faire tomber toutes les unions, même les unions de nature contractuelle, tel le PACS français<sup>10</sup> et la cohabitation légale belge<sup>11</sup>, dans la catégorie “statut personnel”<sup>12</sup>.

<sup>7</sup> Cf. *e multis* la série d'articles du vol. 8 du *Journal of Homosexuality* dont, en particulier: L. A. PEPLAU, “Research on Homosexual Couples: An Overview”, pp. 3-8; R. W. JONES, J. P. DE CECCO, “The Femininity and Masculinity of Partners in Heterosexual and Homosexual Relationships”, pp. 37-44; J. MARECEK, S. E. FINN, M. CARDELL, “Gender Roles in the Relationships of Lesbians and Gay Men”, 1982, pp. 45-49, etc.

<sup>8</sup> *Obergefell v. Hodges*, 576 U.S. (2015) (US Supreme Court); Sentencia SU214/16 (Cour constitutionnelle de la République de Colombie); Suprema Corte de Justicia de la Nación, Tesis: 1a./J. 43/2015 (10a.) Semanario Judicial de la Federación Décima Época 2009407 (Mexique); Verfassungsgerichtshof, G 258-259/2017-9 4 décembre 2017 (Autriche), etc. Voir aussi l'Opinion consultative 24/17 du 9 janvier 2018 de la Cour interaméricaine des droits de l'homme.

<sup>9</sup> Cette exigence est à la base de la référence, effectuée par plusieurs législations nationales, dont l'italienne, à des normes supranationales: A. DAVI, “Le questioni generali di diritto internazionale privato nel progetto di riforma”, *Riv. dir. int.*, 1990, p. 576 ss.

<sup>10</sup> Le Pacte civil de solidarité a été introduit par la loi n° 99-944 du 15 novembre 1999 qui a créé l'article 515-1 du Code civil français.

<sup>11</sup> Cfr. les articles 1475 ss. du Code civil belge. L'article 1476, § 1<sup>er</sup>, alinéa 3 du Code civil prévoit son inscription au registre de la population. L'inscription au registre d'état civil n'est pas admise. La cohabitation n'est pas limitée aux couples liés par une *affectio maritalis*.

<sup>12</sup> Ainsi A. BUCHER, *Commentaire romand – Loi fédérale sur le droit international privé (LDIP) / Convention de Lugano (CL)*, Bâle, 2011, p. 542, n° 3 *in fine*. Voir aussi la notion large de partenariat du projet de Convention de la Commission internationale de l'État Civil (Convention (n° 32) sur la reconnaissance des partenariats enregistrés, signée à Munich le 5 septembre 2007, jusqu'à présent ratifiée uniquement par l'État espagnol et pas en vigueur): “Au sens de la présente Convention, un “partenariat enregistré” est un engagement de vie commune entre deux personnes de même sexe ou de sexe différent, donnant lieu à un enregistrement par une autorité publique, à l'exclusion d'un mariage”.

**11.** À ces unions typées s’ajoutent les unions de fait, qui naissent d’une cohabitation de longue date, non formalisée, ni enregistrée, à laquelle la plupart des pays attribue des conséquences juridiques importantes, sans pourtant que l’état civil des personnes qui cohabitent en soit affecté: la capacité matrimoniale de chacun demeurant intacte<sup>13</sup>.

**12.** La distinction entre ces unions de fait, également appelées unions libres, et les unions typées justifie une différence de traitement aux yeux, entre autres, du législateur européen:

“La façon dont les formes d’union autres que le mariage sont prévues dans la législation des États membres diffère d’un État membre à l’autre, et il y a lieu d’opérer une distinction entre les couples dont l’union est institutionnellement consacrée par l’enregistrement de leur partenariat auprès d’une autorité publique et les couples vivant en union de fait. Même si certains États membres réglementent ces unions de fait, il convient de les distinguer des partenariats enregistrés, dont le caractère officiel permet la prise en considération de leurs spécificités et la définition de règles qui leur sont applicables dans la législation de l’Union”<sup>14</sup>.

**13.** Comme on le verra, face à la résistance du mariage en tant qu’acte fondateur de la cellule-base de la société, ces unions apparaissent comme un phénomène éphémère, transitoire, destiné à protéger les ménages homosexuels en attendant que la société de référence soit prête à l’abolition de la complémentarité des sexes en tant que condition du mariage.

#### IV. Synthèse systématique des lois en conflit

**14.** La prolifération des réglementations nationales sur les différents types de ménage de personnes liées par une *affectio maritalis* ainsi que l’importance des réformes intervenues récemment paraît propice à une tentative de rationalisation, d’autant plus qu’un survol des législations actuellement en vigueur permet de distinguer les systèmes de réglementation du mariage en traditionnels (III.1.), dualistes (III.2.), monistes (III.3.) et mixtes (III.4.)<sup>15</sup>.

##### 1. Systèmes traditionnels

**15.** Les ordres juridiques qui gardent une conception traditionnelle du droit de la famille ne reconnaissent pas l’union homosexuelle et ne considèrent que des formes de mariage classiques, à caractère civil ou religieux.

**16.** Les États qui requièrent la complémentarité des sexes comme condition du mariage, à l’instar du mariage religieux, et qui ne connaissent pas un système d’enregistrement du partenariat homosexuel,

<sup>13</sup> Une “consécration” des unions de fait par le biais d’un contrat suppléant à l’absence d’une réglementation juridique du patrimoine de l’union est de plus en plus encouragée par les réformes législatives récentes du droit de la famille en Europe. Des règles de droit international privé spécifiques sont édictées pour ce genre de contrats. Ainsi, le nouvel art. 30-*bis* de la loi italienne de droit international privé (loi n° 218 de 1995), introduit par la loi 20 mai 2016, n° 76, prévoit que: “1. Ai contratti di convivenza si applica la legge nazionale comune dei contraenti. Ai contraenti di diversa cittadinanza si applica la legge del luogo in cui la convivenza è prevalentemente localizzata. 2. Sono fatte salve le norme nazionali, europee ed internazionali che regolano il caso di cittadinanza plurima”. En synthèse, les membres d’une union de fait reconnue en tant que telle par le droit italien – *i.e.* deux personnes majeures réunies de manière stable par des liens d’affection, sans aucun autre lien de parenté, conjugalité, union civile, et qui s’entraident mutuellement et sur le plan moral et sur le plan matériel – ont la possibilité de conclure un “contrat de cohabitation” qui sera soumis à leur loi nationale commune ou, faute de nationalité commune, à la loi du lieu où “la cohabitation se déroule”. Comp. K. TRILHA SCHAPPO, M. WINKLER, “Le nouveau droit international privé italien des partenariats enregistré”, *Revue critique de droit int. privé*, 2017, p. 319.

<sup>14</sup> Considérant 16 du règlement (UE) 2016/1104 du Conseil du 24 juin 2016 mettant en œuvre une coopération renforcée dans le domaine de la compétence, de la loi applicable, de la reconnaissance et de l’exécution des décisions en matière d’effets patrimoniaux des partenariats enregistrés.

<sup>15</sup> Les paragraphes suivants (de III.1. à III.4.) de la présente étude utilisent, en particulier mais pas exclusivement, les données de l’*Avis sur la transcriptibilité des unions homosexuelles*, cit. *supra*, note 2.

se trouvent plutôt à l'est et au sud-est de l'Europe, et comprennent la Pologne, la Slovaquie, la Serbie, le Monténégro, la Macédoine, les pays baltes (Lettonie, Lituanie), la Roumanie, la Bulgarie et parmi d'autres pays, proches de l'Europe, la Turquie et Israël.

17. Parmi ces États, certains reconnaissent des effets juridiques aux unions stables de personnes homosexuelles, sans prévoir une procédure interne d'enregistrement de ces couples.

## 2. Systèmes dualistes reconnaissant l'union homosexuelle en tant qu'union ontologiquement distincte du mariage traditionnel

18. D'autres législations, tout en attachant une importance juridique à la complémentarité des sexes des personnes formant un couple, ont créé une institution spécifique pour les couples formés par deux hommes ou par deux femmes. Ces unions sont réservées aux couples non complémentaires, sans distinction de sexe, *i.e.* que ce soit un couple d'hommes ou bien un couple de femmes.

19. Parmi ces pays figurent: Andorre (*matrimoni/unio civil*), la Hongrie (*Házasság/Beyegyzett Élettársi Kapcsolat*), l'Italie (*matrimonio/unione civile*), la Slovénie (*Registritana istospolna partnerska skupnost*) et la Suisse. La Croatie et la République de Saint-Marin ont récemment introduit une législation spécifique pour les couples homosexuels.

20. Le droit allemand, qui tombait dans ce modèle, a changé sa loi en 2017 pour autoriser le mariage homosexuel<sup>16</sup>. Il en va de même en Autriche, depuis que la Cour constitutionnelle a déclaré discriminatoire la distinction entre mariage et union civile, ce qui permet aux couples homosexuels d'avoir accès au mariage<sup>17</sup>.

21. Dans la plupart de ces pays, la majorité des effets juridiques de l'union sont identiques à ceux qui découlent de la conclusion du mariage avec des exceptions importantes telle celle de l'interdiction d'adopter des enfants. Le *ratio* de cette différence repose sur l'observation de la fertilité possible du couple traditionnel face à la stérilité certaine du couple homosexuel. Or, l'évolution des techniques de procréation médicalement assistée permet de surmonter, même si de manière artificielle, ladite stérilité. Le progrès technologique est donc un argument souvent porté par les groupes de pression qui prônent la négation de l'importance de l'identité sexuelle des personnes formant un couple, dans les débats sur la révision de l'interdiction d'adopter.

22. D'autre part, les rôles respectifs des hommes et des femmes dans la procréation médicalement assistée comportent des différences de réglementation. Si l'on considère la consécration juridique d'une relation affective stable en tant que *a priori* pour la création d'une famille, il est possible d'imaginer que les unions conclues entre deux femmes aient une réglementation différente des unions conclues entre deux hommes.

23. Une distinction de régime entre les unions féminines et les unions masculines est anecdotique en matière de mariage<sup>18</sup>, et paraît justifiée en matière d'établissement du lien de filiation<sup>19</sup>.

<sup>16</sup> Gesetz zur Einführung des Rechts auf Eheschließung für Personen gleichen Geschlechts vom 20. Juli 2017. L'article 2 de la loi dispose que les partenariats enregistrés existants sont convertis en mariages par déclaration faite devant l'officier d'état civil. En outre, l'article 3 stipule que "dès l'entrée en vigueur de la loi, il ne peut plus être formé de nouvelles cohabitations".

<sup>17</sup> Dans: [https://www.vfgh.gv.at/downloads/VfGH\\_Entscheidung\\_G\\_258-2017\\_ua\\_Ehe\\_gleichgeschlechtl\\_Paare.pdf](https://www.vfgh.gv.at/downloads/VfGH_Entscheidung_G_258-2017_ua_Ehe_gleichgeschlechtl_Paare.pdf)

<sup>18</sup> Des "mariages" réservés aux femmes sont connus par certains droits coutumiers africains comme l'indiquent R. OP-PONG, S. AMOATENG, "Foreign Same-Sex Marriages Before Commonwealth African Courts", *Yearbook of Private Int. Law*, 2016/2017, pp. 39, auxquels on renvoie pour les références y contenues, spéc. note 25 et suiv.

<sup>19</sup> Selon une interprétation de la Dirección general de los registros y del notariado (Instrucción de 5 octubre 2010, BOE núm 243 de 7 octubre 2010) il est possible pour les conservateurs espagnols de certifier la "double maternité" et l'absence de paternité d'un enfant né et destiné à être élevé par un couple des deux femmes. À noter que ces certificats de naissance sont reconnus par des pays qui n'admettent pas la création de certificat de naissance certifiant une double filiation maternelle (*i.e.* en

24. A présent, l'interdiction de l'adoption édictée dans la plupart des pays de ce groupe pour les couples homosexuels ne comporte pas toujours l'exclusion de la *stepchild adoption*. Ainsi, en Suisse, il est permis à chaque partenaire d'adopter l'enfant de l'autre. Aussi, la Cour interaméricaine des droits de l'homme, à l'occasion d'une opinion consultative<sup>20</sup>, considère que la circonstance que l'adoption ne soit pas ouverte aux couples homosexuels tombe dans l'interdiction de la discrimination fondée sur l'orientation sexuelle<sup>21</sup>.

25. À ce jour, la distinction entre mariage et union entre personnes de même sexe n'est pas réputée violer la Convention européenne des droits de l'homme<sup>22</sup>, pourvu que le droit à une vie familiale soit reconnu aux couples de même sexe et qu'il leur soit permis de vivre leur relation dans un "cadre juridique"<sup>23</sup>.

### 3. Systèmes monistes qui considèrent la condition de la complémentarité des sexes une discrimination fondée sur l'orientation sexuelle

26. Dans ces systèmes, l'on considère contraire aux droits humains la condition de la complémentarité des sexes pour la conclusion d'un mariage. Le mariage consacre une union entre deux personnes, sans égard à leur identité sexuelle. Dans ce modèle nous trouvons plusieurs États sud-américains tels que l'Argentine, la Colombie, l'Uruguay, plusieurs États de l'Union Européenne (le Portugal, l'Espagne, la France, l'Irlande, la Belgique, le Luxembourg, les Pays-Bas, le Danemark et l'Islande), ainsi que la Nouvelle-Zélande.

27. Les pays scandinaves, précurseurs du partenariat homosexuel, ont été également les premiers à ouvrir le mariage aux couples de même sexe. Une fois complétée, l'égalisation des droits et devoirs découlant du partenariat avec ceux du mariage rend redondant le maintien de deux noms différents pour la même réglementation. Ainsi, le Danemark, qui avait créé un partenariat enregistré pour les homosexuels en 1989, l'a aboli en 2012 à la suite de l'introduction du mariage neutre. La Suède et la Norvège ont suivi avec quelques années de retard. La même évolution a eu lieu en Finlande (partenariat enregistré introduit en 2001 et aboli en 2017), en Islande (partenariat introduit en 1996 et aboli en 2010), en Norvège (introduit en 1993 et aboli en 2009) et en Suède (introduit en 1994 et aboli en 2009).

28. La même voie a été suivie aux États-Unis, où certains états fédérés ont introduit puis aboli les partenariats au moment de l'admission du "mariage pour tous" (Connecticut, qui a transformé les partenariats en mariages dès 2010; Vermont, qui a transformé les civil unions en mariages dès 2009). Au niveau fédéral, la Cour suprême a décidé que le quatorzième amendement de la Constitution des

---

Italie selon l'orientation de la Cour de cassation: Cass., 30 septembre 2016 n° 19599, confirmé le 15 juin 2017 n° 14878). En revanche, la même instruction excluait l'établissement d'un certificat attestant une "double paternité" et l'absence de maternité. Voir les observations critiques par A.-L. CALVO CARAVACA, J. CARRASCOSA GONZÁLEZ, "Notas críticas en torno a la instrucción de la dirección general de los registros y del notariado de 5 octubre 2010 sobre régimen registral de la filiación de los nacidos mediante gestación por sustitución", *Cuadernos de Derecho Transnacional*, 2011, 1, p. 247-262.

<sup>20</sup> Il s'agit de l'opinion consultative 24/17 du 9 janvier 2018 de la Cour interaméricaine des droits de l'homme.

<sup>21</sup> I. SCHWENZER, "Convergence and Divergence in the Law of Same-Sex Partnerships", *Convergence and Divergence of Family Law in Europe* (dir. Antokolskaia), Cambridge, 2007, p. 148 ss.

<sup>22</sup> La Cour européenne de droits de l'homme par une série d'arrêts (voir notamment l'arrêt du 24 juin 2010, *Schalk et Kopf c. Autriche*), a affirmé que "les États demeurent libres au regard de l'article 14 combiné avec l'article 8 de n'ouvrir le mariage qu'aux couples hétérosexuels" (textuellement: *Chapin et Charpentier c. France*, requête n° 40183/07, par. 48).

<sup>23</sup> Par l'arrêt 21 juillet 2015, *Oliari et autres c. Italie*, n°s 18766/11 et 36030/11, la Cour européenne de droits de l'homme a affirmé que les personnes qui se trouvent dans une relation stable et sérieuse (*stable and committed relationship*) sont "in need of legal recognition and protection of their relationship" par tout État dans lequel ladite relation se déroule. Voir aussi *Orlandi et autres c. Italie*, 14 décembre 2017 (n°s 26431/12; 26742/12; 44057/12 et 60088/12), ainsi que l'arrêt de la Cour de Justice de l'UE, *Coman et al. c. Inspectoratul General pentru Imigrări et al.*, 5 juin 2018 (ECLI:EU:C:2018:385), par lequel la Cour a dit pour droit que le droit des citoyens de l'Union et des membres de leurs familles de circuler et de séjourner librement sur le territoire des États membres impose d'accorder un droit de séjour au conjoint du même sexe aux mêmes conditions qui seraient accordées au conjoint tout court, y compris dans les pays qui ne reconnaissent pas le mariage homosexuel. Sur les deux derniers arrêts, voir le commentaire par P. KINSCH, *European Courts and the Obligation (Partially) to Recognise Foreign Same-Sex Marriages - On Orlandi and Coman*, *Yearbook of Private Int. Law*, vol. XX, 2018/2019, pp. 47-59, à paraître.

États-Unis<sup>24</sup> impose aux états d'autoriser le mariage à tout couple formé par deux personnes, sans égard à leur sexe (*Obergefell v. Hodges* 576 U.S. (2015)). Cette décision impose aussi la reconnaissance des mariages homosexuels conclus dans un autre état.

29. Les cours suprêmes du Mexique, de Colombie et d'Autriche ont jugé contraire à leurs constitutions respectives la condition du mariage prescrivant la diversité des sexes<sup>25</sup>.

#### 4. Systèmes mixtes

30. A côté des systèmes qui interdisent toute formalisation des couples homosexuels, de ceux qui n'interdisent que les mariages homosexuels et de ceux qui interdisent ces deux interdictions, nous trouvons des systèmes mixtes. En premier lieu, les systèmes qui interdisent le partenariat aux couples hétérosexuels mais ouvrent le mariage à tous et, en second lieu, les systèmes qui interdisent le mariage aux homosexuels mais ouvrent le partenariat à tous.

31. Certains États opèrent une sorte de “discrimination à rebours”, ouvrant aux couples homosexuels le choix entre deux régimes de communauté de vie – mariage ou bien partenariat enregistré – alors que les couples hétérosexuels n'ont accès qu'au régime traditionnel du mariage. La discrimination s'explique par la circonstance que ce genre des systèmes n'existe que dans une phase transitoire, comme l'expérience scandinave le démontre. Ce système est présent en Grande Bretagne, où le *civil partnership* n'est disponible qu'aux personnes de même sexe ; en République Tchèque ; dans l'état mexicain de Colima ; en Californie (*domestic partnership*) ; au New Jersey (*civil unions* qui sont cependant équivalents au mariage et n'offrent donc pas un véritable choix) ; en Oregon (l'*Oregon registered domestic partnership*) et à Washington (*State Registered domestic Partnership*)<sup>26</sup>.

32. L'ouverture des partenariats enregistrés aux couples homosexuels a rarement rencontré de résistance dans l'opinion publique, du moins quand lesdits partenariats sont conçus pour être une alternative au mariage au bénéfice des couples de fait. Ainsi, dans plusieurs pays nous trouvons, à côté du mariage traditionnel, des partenariats enregistrés ouverts à tout couple de deux personnes, sans égard à leur sexe. Nous mentionnerons le Chili (*Matrimonio/Acuervo de unión civil*), l'Équateur (*Unión estable y monogámica*), Chypre (*Gámos/ Politikís Simviosis*), la Grèce (*Gámos/Simfonou symviosis*) et l'Estonie (*Abielu/ Kooseluepingu*).

33. D'autres pays permettent le choix entre mariage et partenariat, les deux ouverts à tout couple de deux personnes (parmi ceux-ci, par exemple, les Pays-Bas). L'Afrique du Sud distingue un *marriage* et un *customary marriage*, des *civil unions* et des *marriage partnerships* qui peuvent être conclus par des couples de même sexe ou des couples de sexe différent.

<sup>24</sup> Il s'agit notamment du principe d'égalité entre citoyens consacré par la première section du quatorzième amendement: “All persons born or naturalized in the United States, and subject to the jurisdiction thereof, are citizens of the United States and of the state wherein they reside. No state shall make or enforce any law which shall abridge the privileges or immunities of citizens of the United States; nor shall any state deprive any person of life, liberty, or property, without due process of law; nor deny to any person within its jurisdiction the equal protection of the laws”, <https://www.law.cornell.edu/constitution/amendmentxiv>.

<sup>25</sup> Suprema Corte de Justicia de la Nación, Tesis: 1a./J. 43/2015 (10a.) Semanario Judicial de la Federación Décima Época 2009407, Primera Sala Publicación: viernes 19 de junio de 2015 09:30 h, Jurisprudencia (Constitucional, Civil). Sentencia SU214/16 (Cour constitutionnelle de la République de Colombie); Verfassungsgerichtshof, G 258-259/2017-9 4 décembre 2017 (Autriche).

<sup>26</sup> La fin de cette discrimination est à l'étude en Grande Bretagne, voir M. N. SHÚILLEABHÁIN, “Private International Law Implications of ‘Equal Civil Partnerships’”, *Int. and Comparative Law Quarterly*, 2019, pp. 161-173.

## V. Le caractère boiteux des statuts civils hétérodoxes acquis à l'étranger

34. Le statut civil acquis par l'individu à l'étranger peut être considéré hétérodoxe par la société de référence de l'individu concerné. Si le statut civil a été acquis par l'individu à l'étranger uniquement dans le but de contourner les règles en vigueur dans la société où il vit et où il souhaite vivre, il arrive que la situation créée par lui reste irrémédiablement "boiteuse".

35. La tension entre orthodoxie et hétérodoxie est mise en lumière aujourd'hui par les conflits générés par la multiplication des statuts et quasi-statuts civils (civilement uni, marié, pacsé etc.) (IV.2.). Les conflits de lois naissant de la difficulté de reconnaître des unions ne correspondant pas au modèle de famille consacré par la loi du for, donc hétérodoxes par rapport à celles du for, ne sont résolus que par de compromis imparfaits, comportant la reconnaissance de certains effets de l'union, mais pas d'autres (IV.1.).

36. Ces conséquences malencontreuses affectent un principe général du droit international privé qui exige de garantir la continuité de la vie juridique des individus et éviter que celle-ci soit interrompue par la simple fixation du domicile d'un couple dans un autre pays. Cependant, en va différemment si le statut civil de l'individu n'est pas rendu boiteux à la suite de l'exercice de son droit de circuler librement dans les pays de l'Union ou, plus en général, à la suite de la fixation de son domicile dans un pays où il souhaite s'établir. Le droit international privé bénéficie, en ce cas, de l'expérience mûrie avec les mariages du polygame. Depuis quelques années, cependant, le droit international privé est confronté à un phénomène nouveau: le statut civil boiteux n'est pas la conséquence imprévue d'une émigration "stable" mais le résultat recherché d'un law shopping à l'étranger. L'émigration n'est que contingente et limitée au temps nécessaire à obtenir le statut octroyé par la loi étrangère. Le couple n'a aucune intention de s'intégrer à la société étrangère dont elle recherche une des institutions qui la forment. Ainsi, le statut boiteux devient une conséquence prévue et voulue et non pas le résultat imprévisible de l'intervention d'une loi dont l'application dans le pays du nouvel établissement était "inattendue". Les exemples qui suivent illustrent les deux situations et les solutions adoptées en perspective comparative<sup>27</sup>.

### 1. Le caractère boiteux des mariages du polygame

37. La reconnaissance d'un statut civil n'implique pas toujours une alternative entre un oui et un non: son objet peut être limité aux effets que le for accepte de faire produire à l'institution étrangère dans le for. Ainsi il arrive qu'un État fasse produire à l'institution étrangère des effets typiques de celle-ci mais pas d'autres. L'exemple classique est celui de la reconnaissance des effets du mariage polygamique, admis par certains courants religieux musulmans, israélites etc., mais "contraire à l'égalité des sexes" pour les "graves conséquences affectives et financières [que ce type de mariage peut avoir] pour la femme et les personnes à sa charge"<sup>28</sup>. Pour cette raison, les instances supranationales recommandent de "décourager et même interdire cette forme de mariage" gouvernée par des normes religieuses et coutumières qui résistent à la sécularisation du droit de la famille<sup>29</sup>.

<sup>27</sup> R. QUADRI, *Lezioni di diritto internazionale privato*, Napoli, 1955 (sur la théorie des attentes psychologiques des parties: *teoria psicologica dell'aspettativa*); SPERDUTI, "Théorie de droit international privé", *Recueil des cours*, t. 122, 1967, p. 191, définit la continuité de la vie juridique des individus "base de l'équilibre moral des particuliers". Sur notre thème, R. BARATTA, "La reconnaissance internationale des situations juridiques personnelles et familiales", *Recueil des cours*, t. 348, 2011, p. 272. En Israël, ces exigences sont exprimées par M. SHAVA, *The Personal Law in Israel*, 4e éd., vol. 1, 2001, p. 80, même dans le cadre d'un changement de nationalité: "From the time that the parties acquired the status of being married under their national law, every change in their personal rights that will afterwards take place due to a change in their citizenship, will not deprive them of their status of married people". Sur l'évolution actuelle voir A. CHEN, "Secularisation of Family Law in Israel via Remarkable Judgments of the Supreme Court", *Yearbook of Private Int. Law*, vol. XX, 2018/2019, à paraître.

<sup>28</sup> Recommandation générale n° 21 (treizième session, 1994) *Egalité dans le mariage et les rapports familiaux*, du Comité pour l'élimination de la discrimination à l'égard des femmes.

<sup>29</sup> *Ibidem*. Le comité s'inquiète de "constater que certains États parties, dont la Constitution garantit pourtant l'égalité des droits des deux sexes, autorisent la polygamie, soit par conviction, soit pour respecter la tradition, portant ainsi atteinte aux droits constitutionnels des femmes".



**38.** La transcription des mariages conclus lors de l'union en cours est interdite mais certains effets sont reconnus<sup>30</sup>. Ainsi, en dépit de la contrariété à l'ordre public français du mariage polygamique, la Cour de cassation n'a pas eu de difficultés à reconnaître le droit à une créance alimentaire à la seconde épouse de M. Chemouni<sup>31</sup>. De même, en Belgique, les deux femmes d'un bigame se sont vues reconnaître le droit d'être indemnisées par le responsable du décès de leur mari<sup>32</sup>.

**39.** Plus récemment, une pension de veuve a été accordée à la seconde épouse d'un bigame en vertu d'un accord bilatéral entre le Maroc et l'Espagne. A la suite de la mort d'un citoyen marocain, sa deuxième femme réclamait, au même titre que la première, une pension de réversion dans sa qualité de conjointe survivante. La question fut posée au Tribunal superior de justicia de Andalucia, qui a reconnu cet effet au mariage du bigame valablement célébré selon le rite musulman au Maroc. Il est vrai que le système juridique espagnol considère comme nul tout mariage contracté par des personnes déjà liées par un mariage précédent, non dissous ni déclaré nul. Toutefois, en vertu de l'accord bilatéral entre le Maroc et l'Espagne il est possible de reconnaître le deuxième mariage uniquement pour lui faire produire des effets dans le domaine de la sécurité sociale: ainsi la rente de veuve par un travailleur marocain doit être répartie en partie égales entre celles qui ont le statut de "conjoint" et, par conséquent, ont le titre pour en bénéficier<sup>33</sup>.

**40.** Un accord bilatéral du même genre régit les relations franco-algériennes avec la même finalité : celle de garantir une protection égale aux femmes du polygame<sup>34</sup>:

"En cas d'accident de travail suivi de mort, et si conformément à son statut civil la victime avait plusieurs épouses, la rente due au conjoint survivant est répartie également et définitivement entre les épouses"<sup>35</sup>.

**41.** Afin que le deuxième mariage puisse produire des effets en France<sup>36</sup>, il faut cependant que le statut civil du bigame soit admis par la loi compétente pour celui-ci. La jurisprudence française interprète extensivement cette règle en clarifiant qu'il faut encore que la seule société de référence de la famille du polygame soit la société qui admet la polygamie. Si une de deux épouses est intégrée à la société française, qui interdit la polygamie, la règle ne peut pas opérer, comme cela était le cas dans l'affaire *Baaziz*<sup>37</sup>.

M. Baaziz était un ressortissant français de religion musulmane qui était marié à une femme française et vivait en France. Il avait par la suite transféré son domicile en Algérie, acquis la nationalité algérienne et épousé une femme algérienne, sans que le précédent mariage n'ait été dissout. À son décès, la première épouse a demandé et obtenu d'être reconnue la seule conjointe survivante sur le territoire français. Après des vicissitudes judiciaires tortueuses, la Cour de cassation l'a admis, le 6 juillet 1988, en édictant que le deuxième mariage du polygame, contracté à l'étranger, ne pouvait produire aucun effet en France et que l'art. 29 de la Convention franco-algérienne ne s'appliquait pas en l'espèce.

<sup>30</sup> Il en va de même pour certaines institutions qui permettent la dissolution unilatérale du mariage: cf. dernièrement Appello Venezia, 9 avril 2015, *Nuova giurisprudenza civile commentata*, 2015, I, p. 1029 ss., et la note par VANIN, *Ripudio islamico, principio del contraddittorio e ordine pubblico italiano*.

<sup>31</sup> Cass. civ. (1<sup>er</sup> sect.), 28 janvier 1958 et 19 février 1963, aff. *Chemouni*, in B. ANCEL, Y. LEQUETTE, *Les grands arrêts de la jurisprudence française de droit international privé*, Paris, 2006, n° 30-31.

<sup>32</sup> Cour d'appel de Liège, 23 avril 1970, 4<sup>e</sup> ch., *Revue critique de droit int. privé*, 1975, p. 54, note P. GRAULICH.

<sup>33</sup> Cf. Tribunal Superior de Justicia de Andalucía de Málaga, n° 1036/2015, 18 juin 2015, Rec. 591/2015, Diario La Ley, N° 8643, Sección La Sentencia del día, 11 novembre 2015, La Ley 136309/2015.

<sup>34</sup> Comp. l'art. 29 de la Convention bilatérale du 19 janvier 1965 sur la sécurité sociale, [https://basedoc.diplomatie.gouv.fr/exl-php/util/documents/accede\\_document.php?1549551455745](https://basedoc.diplomatie.gouv.fr/exl-php/util/documents/accede_document.php?1549551455745).

<sup>35</sup> *Ibidem*, italiques ajoutés.

<sup>36</sup> Cass. civ. 1<sup>er</sup>, 3 janvier 1980, aff. *Bendeddouche*, *Grands arrêts*, n° 61. Cass. Civ. 1<sup>ère</sup>, 22 avril 1986, *Revue critique de droit int. privé*, 1987, p. 374, note P. COURBE; Cass. civ. 2<sup>ème</sup>, 14 février 2007 pourvoi n° 05-21.816.

<sup>37</sup> Cass. civ. 1<sup>er</sup>, 6 juillet 1988, *Revue critique de droit int. privé*, 1989 p. 70, note Y. LEQUETTE.

42. La différence des solutions, dont la justification d'un point de vue théorique n'allait pas de soi, a été expliquée par la relativité du concept d'ordre public, qui conduit au développement des théories de l'effet atténué de l'ordre public, de l'ordre public de proximité ou, selon la nomenclature allemande, *Inlandsbeziehung*<sup>38</sup>.

43. Basées sur la localisation de l'espèce et de l'intensité de son rattachement aux ordres juridiques concernés, ces théories expliquent *a posteriori* des solutions imposées par la nécessité de protéger "les parties faibles" de la relation maritale. Ainsi, dans des contextes semblables de conflits générés par les mariages polygamiques, on a pu évoquer des arguments substantiels en faisant référence à un "ordre public international alimentaire"<sup>39</sup> ou encore à la primauté des droits sociaux sur le conflit des systèmes<sup>40</sup>.

## 2. Le statut civil boiteux de la personne de religion juive ayant contracté un mariage homosexuel ou mixte

44. En Israël, des effets juridiques sont reconnus aux couples de fait, y compris les couples homosexuels (*Zugot had miniim*), mais l'État n'admet aucune formalisation des ménages entre personnes homosexuelles puisque le droit de la famille relève exclusivement du droit religieux. Il en va de même en ce qui concerne les mariages entre une personne de religion juive et une personne de religion différente puisque plusieurs droits religieux interdisent des mariages "mixtes"<sup>41</sup>.

45. Cependant, Israël procède régulièrement à l'enregistrement dans ses fichiers de l'état civil des mariages homosexuels et partenariats enregistrés à l'étranger, par un raisonnement qui a été développé, à l'origine, en matière de reconnaissance de mariages mixtes, contraires aux principes fondamentaux de la religion "compétente". Le *leading case* porte sur la demande de transcription d'un mariage entre un homme juif israélien et une femme chrétienne belge dans le registre israélien de la population (*Schlesinger*)<sup>42</sup>. S'agissant d'un mariage interreligieux prohibé par la religion juive, l'officier de l'état civil

<sup>38</sup> *Amplius* sur la question de la reconnaissance des situations familiales incompatibles avec l'ordre public dans de l'État de référence v. *Le droit musulman de la famille et des successions à l'épreuve des ordres juridiques occidentaux* (dir. Aldeeb Abu-Sahlieh et Bonomi), Zurich, 1999; B. ANCEL, "Le statut de la femme du polygame", *Le droit de la famille à l'épreuve des migrations transnationales*, Paris, 1993, p. 105 ss.; ID., "El derecho internacional privado francés actual ante las situaciones conyugales exorbitantes", *Revista de la Facultad de Derecho de la Universidad de Granada*, 2008, p. 9 ss.; P. KINSCH, "Droits de l'homme et reconnaissance internationale des situations personnelles et familiales", in *La tutela dei diritti umani e il diritto internazionale* (dir. Di Stefano et Sapienza), Napoli, 2012, p. 221, 232 s.; P. LAGARDE, "La théorie de l'ordre public international face à la polygamie et à la répudiation: l'expérience française", *Nouveaux itinéraires en droit: hommage à François Rigaux*, Bruxelles, 1993, p. 263 ss., et, sur l'ordre public de proximité: D. BODEN, *L'ordre public: limite et condition de la tolérance – Recherches sur le pluralisme juridique*, thèse Paris I, 2002; P. COURBE, "L'ordre public de proximité", *Le droit international privé: esprit et méthodes, Mélanges en l'honneur de P. Lagarde*, Paris, 2005, pp. 227-239, spéc. 230; N. JOUBERT, *La notion de liens suffisants avec l'ordre juridique (Inlandsbeziehung) en droit international privé*, Paris, 2008; L. GANNAGÉ, "L'ordre public international à l'épreuve du relativisme des valeurs", *Travaux du Comité français de droit international privé 2006-2008*, Paris, 2009, p. 204. Sur cette approche, voir les observations critiques de D. BODEN, "Requiem pour l'*Inlandsbeziehung*", *Revue critique de droit int. privé*, 2018, p. 882 s.; ainsi que P.-Y. GAUTIER, "Contre la 'balance des intérêts': hiérarchie des droits fondamentaux", *Dalloz*, 2015. 2189 mais, en Italie, pour la défense d'un approche flexible, voir G. DORIA, "La 'dissolvenza' del codice civile e il ruolo della legge tra giustizia giuridica e incertezza applicativa", *Rivista di diritto civile*, 2019, qui à p. 74, souligne que "il diritto può fare a meno della certezza ma non può fare a meno della giustizia".

<sup>39</sup> P. WAUTELET, "La Cour de cassation et l'ordre public international alimentaire", note sous Cass., 18 juin 2007, *Revue de Jurisprudence de Liège, Mons et Bruxelles*, 2008/19, p. 827.10.

<sup>40</sup> C. HENRICOT, "Les effets du mariage polygamique sur l'octroi de droits sociaux", *Revue trimestrielle de droit familial*, 2008, p. 825 ss.

<sup>41</sup> Voir A. CHEN, cit. note 27 et Y. COHEN, "Recognition or Non-Recognition of Foreign Civil Marriages in Israel", *Yearbook of Private Int. Law*, 2016/2017, pp. 321-340 at 339: "In Israel, where there is a separation of religion and state, marriage is governed exclusively by religion [...] The conflict is between religious law on the one hand, which is not limited by the borders of a country and does not recognize the rules of private international law, and civil law on the other hand, which desires to become part of the family of nations". Voir dans ce sens la décision CA 191/51 *Skornik v. Skornik*, 8 PD 141, 179 (1951) (Isr.), 158 et le commentaire par Y. COHEN à p. 327 *et suiv.* et A. CHEN, *ibidem*.

<sup>42</sup> HCJ 143/62 *Schlesinger v. The Minister of the Interior*, 17 PD 225 (1963) (Isr.). Le greffier du Registre de la population n'a pas le pouvoir discrétionnaire d'examiner la validité d'un mariage et ne peut refuser l'enregistrement qu'en raison d'erreur manifeste, notamment si les documents sont faux et la cérémonie du mariage ne semble pas avoir eu lieu. Voir encore A. CHEN et Y. COHEN, note préc.

israélien avait refusé la transcription dans un premier temps mais fut contraint d'attester son existence par la suite. La transcription fut ainsi conçue comme attestation d'un fait plutôt que comme acte officiel de reconnaissance. La transcription a conduit à l'absurde conclusion que le mariage, attesté dans le registre, pouvait être reconnu et déterminer le changement de l'état civil de la femme – dont la "religion compétente" ne connaît pas l'empêchement de la différence de religion – mais ne pouvait pas entraîner le changement de l'état civil de l'homme en raison de sa contrariété aux préceptes religieux qui lui sont "applicables".

**46.** Cette jurisprudence ouvre la voie à de situations boiteuses: le couple sera reconnu comme couple marié dans certains États, alors qu'en Israël seule la femme aura le statut personnel de femme mariée et elle sera mariée à un homme célibataire. En dépit des problèmes logiques et pratiques qui découlent de l'application de cette théorie, elle a servi de base au traitement administratif des mariages homosexuels conclus à l'étranger par des personnes vivant en Israël.

**47.** La jurisprudence en matière de mariages homosexuels conclus à l'étranger a, en effet, confirmé la théorie selon laquelle la transcription d'un mariage étranger ne comporte aucune reconnaissance du mariage en tant qu'acte juridique et que, en procédant à la transcription, l'officier de l'état civil se limite à constater qu'un fait nommé "mariage" dans un certain pays a eu lieu dans ce même pays.

**48.** En partant de ces prémisses, la Cour suprême d'Israël a tranché la question de la transcription des mariages homosexuels célébrés à l'étranger en autorisant la transcription de cinq mariages célébrés au Canada à la demande d'autant de couples homosexuels de sexe masculin<sup>43</sup>. Ces mariages ont pu être transcrits dans les fichiers de l'état civil israélien et donner lieu à la production de certains effets, notamment en matière fiscale, sans avoir aucune influence sur le statut civil des personnes mariées à l'étranger.

**49.** Le caractère boiteux de la situation juridique étrangère importé dans le for se manifeste, en outre, au moment de la crise conjugale. Les tribunaux rabbiniques s'estiment compétents pour prononcer le divorce des couples qui se marient civilement à l'étranger et, de plus, revendiquent une compétence exclusive pour la dissolution des mariages civils des juifs résidant en Israël<sup>44</sup>.

**50.** La dissolution du mariage des couples homosexuels dont le mariage est enregistré dans les fichiers de la population en Israël devient très problématique si l'état du lieu de célébration du mariage ne s'estime pas compétent pour sa dissolution. Ou bien le seul fait de la célébration d'un mariage est susceptible de créer un chef de juridiction pour une décision de divorce à l'étranger, autrement le couple ne pourra pas divorcer puisqu'en Israël le tribunal rabbinique tient le mariage pour nul.

**51.** Les exemples qui précèdent montrent que le respect des attentes de parties peut céder le pas aux exigences de cohésion sociale interne de l'état du for, surtout si la situation boiteuse peut être "imputée" à celle qui s'en prétend victime. En pareilles circonstances, l'application de la loi étrangère se trouve limitée par l'intervention, impérative ou supplétive, de la loi du for, si elle est capable d'imposer ses propres évaluations (*infra*, par. 61).

---

<sup>43</sup> Y. COHEN, p. 336 et A. CHEN, note préc. Il s'agissait de citoyens israéliens qui s'étaient rendus au Canada dans le but de célébrer un mariage civil pour ensuite retourner et vivre leur condition de couple marié en Israël. Dans cet État ils avaient demandé l'enregistrement de leur mariage dans le registre de la population. L'enregistrement est autorisé par la HCJ 3045/05 *Ben Ari v. Director of the Population Administration* (Nov. 21, 2006), Nevo Legal Database (by subscription) (Isr.).

<sup>44</sup> Z. TRIGER, "Freedom from Religion in Israel - Civil Marriages and Cohabitation of Jews Enter the Rabbinical Courts", *Israel Studies Review*, 2012, pp. 1-17.

## VI. Le caractère impératif et supplétif du droit du for

### 1. La soumission des couples étrangers résidant en Suisse au régime matrimonial suisse applicable par défaut

52. Le droit international privé suisse permet un choix du régime matrimonial pourvu que les conditions requises par les articles 52 et 53 de la loi de droit international privé soient respectées. Le choix n'est pas libre mais suppose l'existence d'un rattachement significatif entre le droit élu et le régime matrimonial: il peut s'agir du droit de l'État du domicile conjugal, présent ou bien futur, ou encore celui de l'État dont l'un des conjoints a la nationalité<sup>45</sup>. Dans le cas du partenariat, la loi de l'État de l'enregistrement du partenariat peut aussi être choisie<sup>46</sup>.

53. En absence d'une *electio iuris* par les parties, une série – ou cascade – de critères désignent le droit applicable et visent, en premier lieu, le droit du milieu social dans lequel baigne la vie du couple : le droit du domicile conjugal actuel (art. 54.1 a) ou, si le couple ne cohabite plus ensemble au moment où la question se pose, le droit du lieu où le couple a eu le dernier domicile commun (art. 54.1 b). À défaut de domicile conjugal, vient en ligne de compte le droit de la nationalité commune, censé exprimer la culture juridique originaire du couple (art. 54.2).

54. A défaut d'un quelconque domicile commun, de nationalité commune, et de choix en faveur de la loi nationale de l'un de partenaires, le couple est soumis au régime suisse de la séparation des biens (art. 54.3).

55. En revanche, si les époux ont ou ont eu leur dernier domicile conjugal en Suisse, le droit suisse sera applicable, faute de choix d'une loi étrangère ou de contrat de mariage. Partant, tout couple qui fixe son domicile en Suisse, se soumet – qu'il en soit conscient ou pas – au régime matrimonial suisse applicable par défaut, qui est celui de la participation aux acquêts (articles 9 ss. du code civil suisse).

56. De plus, le régime de la participation aux acquêts rétroagit au jour du mariage. Ainsi, la règle est renforcée par la prévision d'une règle qui permet de gérer les conflits inter-temporels et qui veut, en même temps, prévenir le morcellement des lois applicables aux régimes matrimoniaux:

Art. 55 II. – 1. En cas de transfert du domicile des époux d'un État dans un autre, le droit du nouveau domicile est applicable et *rétroagit* au jour du mariage. Les époux peuvent convenir par écrit d'exclure la rétroactivité. 2. Le changement de domicile n'a pas d'effet sur le droit applicable lorsque les époux sont convenus par écrit de maintenir le droit antérieur ou lorsqu'ils sont liés par un contrat de mariage.

57. Cette solution a plusieurs avantages. D'une part, les autorités publiques confrontées au régime matrimonial de couples d'origine étrangère résidant en Suisse (juge du divorce, autorités fiscales, autorités préposées à la prévoyance professionnelle etc.) auront moins fréquemment besoin de résoudre le problème de la loi applicable au régime matrimonial si le couple est résident en Suisse et n'oppose pas le choix d'un régime matrimonial particulier. D'autre part, il n'y a pas besoin de connaître le contenu du droit étranger, ni d'en mesurer la conformité au droit suisse. Troisièmement, les situations et relations interpersonnelles des étrangers qui vivent en Suisse sont assimilées aux autres. Le nombre de couples

<sup>45</sup> *Amplius* M. JAMETTI GREINER, Th. GEISER, "Die güterrechtlichen Regeln des OPR-Gesetzes", *Zeitschrift des Bernischen Juristenvereins*, 1991, p. 1-43; B. DUTOIT, "Le nouveau droit international privé suisse des régimes matrimoniaux", *Fiches juridiques suisses*, n° 947, Genève, 1992, art. 53.

<sup>46</sup> Art. 65c, al. 2, loi de droit international privé: "En sus des droits désignés par l'art. 52, al. 2, les partenaires peuvent choisir le droit de l'Etat dans lequel le partenariat a été enregistré". Ainsi, l'art. 65c, al. 2, offre la possibilité aux partenaires de choisir, en tant que loi applicable à leur partenariat, en plus du droit du pays où "sont tous deux domiciliés ou seront domiciliés après la célébration du mariage" ou du "droit d'un Etat dont l'un d'eux a la nationalité" (cf. l'art. 52 de la loi de droit international privé applicable par analogie) mais aussi "le droit de l'Etat dans lequel le partenariat a été enregistré".

ayant des liens avec un ou plusieurs pays étrangers étant assez important<sup>47</sup>, les répercussions de ce choix se présument favorables et pour l'administration publique et pour les particuliers qui sont intégrés à la société suisse.

**58.** Cependant, la solution comporte des désavantages pour les couples qui méconnaissent les conséquences juridiques que comporte la fixation d'un domicile commun en Suisse. Ces conséquences peuvent paraître assez lourdes chez les couples qui gèrent leur vie de couple en obéissant à des règles qui ne correspondent pas à celles auxquelles il est possible de donner effet en Suisse.

**59.** Le choc de l'effet de surprise qui en découle concerne en particulier les couples qui obéissent à la *Sharia*. La *Sharia* contient une réglementation des rapports patrimoniaux impérative, prévoyant la séparation des biens, à laquelle les époux ne peuvent pas déroger par contrat<sup>48</sup>. La femme n'est propriétaire que de la dot payée par le mari lors du mariage et qui peut aller d'une somme symbolique à une somme capable d'assurer les besoins matériels de la femme, par exemple en cas de divorce<sup>49</sup>. Lors du transfert de leur résidence conjugale en Suisse, ces couples se trouvent dans une impasse: d'un côté, leur loi nationale ne leur permet pas d'effectuer un choix quant à la réglementation de leur régime matrimonial, qui reste soumis aux règles de la *Sharia*; de l'autre côté, le pays de leur domicile considère que la fixation du domicile conjugal en Suisse vaut acceptation implicite du régime matrimonial suisse applicable à défaut de choix.

**60.** Le conflit des lois entre le pays de leur nationalité et celui de leur domicile habituel devient dès lors irréductible et ne peut être résolu que par la loi capable d'imposer ses propres évaluations: celle qui peut ordonner des mesures d'exécution sur le patrimoine du couple.

**61.** En droit international privé, le principe d'effectivité exprime le lien entre compétence législative et pouvoir de coercition. Déjà mis en évidence par Bartolo da Sassoferrato et Bertrand d'Argentré, le principe exige de donner la primauté au système juridique le "plus fort", c'est-à-dire le système plus en mesure de faire prévaloir son point de vue sur la loi applicable. Le principe a été théorisé par Franz Kahn qui utilise l'expression *Näherberechtigung*, la compétence la plus proche, et fut repris par Wengler et Wolff, qui parle à cet égard de la recherche de la plus grande proximité (*der größeren Nähe*)<sup>50</sup>.

## **2. La soumission du mariage homosexuel formalisé à l'étranger aux règles prévues pour les unions typées suisses et italiennes**

**62.** Les systèmes de droit civil qui opèrent une distinction entre mariage et partenariat enregistré, reproduisent la distinction en droit international privé, afin de respecter la cohésion de leur ordre juridique.

**63.** L'auteur classique le plus convaincu de la nécessité de refléter, en droit international privé, les conceptions du droit interne fut Étienne Bartin, actif à une époque caractérisée par une certaine tendance des ordres juridiques à se replier sur eux-mêmes. En raison de cette vision, Bartin est considéré à

<sup>47</sup> En 2017, le 14% des couples résidentes en Suisse étaient formés par des personnes qui n'avaient pas la nationalité suisse à la naissance, le 32% étaient mixtes et le 54% seulement étaient formés par deux personnes qui avaient, les deux, la nationalité suisse à la naissance. Voir Y. CSONKA, A. MOSIMANN, *Les familles en Suisse*, Annexe statistique du rapport du Conseil fédéral du 26 avril 2017 en réponse aux postulats 12.3144 Meier-Schatz du 14 mars 2012 et 01.3733 Fehr du 12 décembre 2001.

<sup>48</sup> Cf. S. ALDEEB, "Le régime matrimonial. Institutions de droit musulman", in *Le droit musulman de la famille*, cit., p. 138 ss. et Id., *Mariages entre partenaires suisses et musulmans*, brochure de l'Institut suisse de droit comparé, Lausanne, 2003, p. 21 ss., où l'auteur suggère aux personnes soumises à la *Sharia* qui entendent s'établir en Suisse la conclusion d'un contrat réglant les questions économiques. Une réglementation économique peut, le cas échéant, être établie dans le cadre du paiement du douaire (*Mahr*): P. FOURNIER, *Muslim Marriage in Western Courts, Lost in Transplantation*, Farnham, 2010.

<sup>49</sup> *Ibidem*.

<sup>50</sup> F. KAHN, *Gesetzeskollisionen*, 1928 (1891), pp. 31-46. Voir T. BALLARINO, *Diritto internazionale privato*, Padova, 1982, p. 249.

l'origine d'une redoutable conception "nationaliste" du droit international privé<sup>51</sup>. En effet, l'harmonie systématique entre le droit civil et le droit international privé a souvent paru incohérente avec les prémisses universalistes de notre discipline, du moment que le respect des attentes légitimes des parties peut requérir de renoncer à son propre point de vue pour adopter celui d'un autre système<sup>52</sup>.

**64.** Cependant, au-delà des avantages théoriques et pratiques évoqués (*supra* n° 56), le principe de cohésion de l'ordre interne guide plusieurs solutions normatives au conflit des lois<sup>53</sup>. Ainsi, la loi de droit international privé suisse édicte dans son article 45, al. 3, qu'un mariage étranger sera considéré un partenariat enregistré si les époux sont du même sexe:

Art. 45 III. – 1 Un mariage valablement célébré à l'étranger est reconnu en Suisse. 2 Si la fiancée ou le fiancé sont suisses ou si tous deux ont leur domicile en Suisse, le mariage célébré à l'étranger est reconnu, à moins qu'ils ne l'aient célébré à l'étranger dans l'intention manifeste d'é luder les dispositions sur l'annulation du mariage prévues par le droit suisse. 3 *Un mariage valablement célébré à l'étranger entre personnes du même sexe est reconnu en Suisse en tant que partenariat enregistré.*

**65.** Une règle semblable<sup>54</sup> est en vigueur en Italie mais limite la "transformation" du mariage étranger, de par la limitation de ses effets, au cas où un citoyen italien serait concerné:

Art. 32-bis. – 1. Il matrimonio contratto all'estero da cittadini italiani con persona dello stesso sesso produce gli effetti dell'unione civile regolata dalla legge italiana<sup>55</sup>.

**66.** L'écart entre règles de droit international privé suisses et italiennes augmente quand il s'agit de reconnaître des partenariats enregistrés à l'étranger. La loi de droit international privé suisse considère une série de partenariats étrangers équivalents au partenariat suisse et utilise une règle bilatérale pour déterminer la loi applicable, alors que le droit italien importe la loi du pays qui a permis le perfectionnement de l'union.

**67.** Tout comme les personnes mariées à l'étranger, les partenaires enregistrés à l'étranger ont la possibilité de continuer à vivre selon des règles étrangères en Suisse, avec les mêmes limites ou des limites semblables<sup>56</sup>:

Art. 65 a1, I. Les dispositions du chap. 3 s'appliquent par analogie au partenariat enregistré, à l'exception de l'art. 43, al. 2.

**68.** Le partenariat enregistré est considérée par la loi de droit international privé suisse comme une institution "fongible", susceptible d'être importée en Suisse par une règle de conflit bilatérale classique<sup>57</sup>.

<sup>51</sup> Sur cette catégorisation, voir N. HATZIMIHAIL, "On mapping the conceptual battlefield of private international law", *Hague Yearbook of Int. Law*, 13, 2000, p. 57 ss.

<sup>52</sup> *Supra* (note 27).

<sup>53</sup> M.-C. NAJM, *Principes directeurs du droit international privé et conflit de civilisations*, Paris, 2005, p. 75 ss.

<sup>54</sup> Cf. le *Decreto legislativo* 19 janvier 2017, n° 7, qui a modifié la loi n° 218 de 1995.

<sup>55</sup> La règle italienne a pu être critiquée pour des difficultés applicatives déjà pressenties, notamment en cas des citoyennetés multiples: O. LOPEZ PEGNA, "Effetti dei matrimoni *same-sex* contratti all'estero dopo il "riordino" delle norme italiane di diritto internazionale privato", *Riv. dir. int.*, 2017, p. 527, qui suggère une interprétation restrictive ayant en vue la limitation de l'opérativité de la règle pour les cas où l'italienne ne serait pas la nationalité "la plus effective". En outre, on a pu y voir la création d'un régime capable de produire une discrimination entre personnes domiciliés en Italie, fondée, de surcroît, sur la nationalité italienne, en lien avec la décision de la *Corte di cassazione*, 9 janvier 2001 n° 1, *Famiglia e diritto*, 2001, p. 282. *Contra* D. DAMASCELLI, "La legge applicabile ai rapporti patrimoniali tra coniugi, uniti civilmente e conviventi di fatto nel diritto internazionale privato italiano ed europeo", *Riv. dir. int.*, 2017, p. 1103.

<sup>56</sup> Comp. *supra*, par. 5.1. sur l'application du droit suisse au régime matrimonial des époux résidents en Suisse qui n'ont pas choisi un régime matrimonial spécifique. D'autres cas d'application impérative du droit suisse concernent les obligations alimentaires.

<sup>57</sup> L'idée que l'équivalence est à la base des règles "bilatérales" de droit international privé a été explorée en Italie par E. VITTA, "Il principio dell'uguaglianza tra "lex fori" e diritto straniero", *Rivista trimestrale di diritto e procedura civile*, 1964, p.

69. Le principe d'équivalence justifierait le désintéret du législateur du droit international privé à imposer ses propres paramètres de justice substantielle. Ainsi, il peut limiter la réglementation du cas transnational à des règles assurant la juste collocation spatiale de l'espèce. C'est l'équivalence substantielle entre les institutions juridiques qui prévoient des "partenariats étrangers", des "unions civiles" ou toute consécration d'un couple homosexuel, y compris le mariage, qui permet de prendre des ordres juridiques étrangers d'enregistrement de l'union seulement "la circonstance de leur perfectionnement". Les *nomina iuris* étrangers sont traduisibles par le *nomen iuris* suisse. Il devient ainsi possible d'attribuer à l'union conclue à l'étranger les effets juridiques prévus par la loi désignée par la règle de conflit bilatérale classique édictée par le législateur suisse<sup>58</sup>. Ce n'est que lorsque le droit étranger désigné ignore l'institution, que l'application du droit suisse intervient par défaut:

Art. 65c III, loi de droit international privé: 1 Lorsque le droit applicable en vertu du chap. 3 ne connaît pas de dispositions applicables au partenariat enregistré, le droit suisse est applicable, sous réserve de l'art. 49 [en matière d'obligation alimentaire].

70. Le but de garantir aux partenaires homosexuels une union typée inspire également la règle résiduelle italienne:

Art. 32-ter, loi n° 218 de 1995: 1. [...] Se la legge applicabile non ammette l'unione civile tra persone maggiorenne dello stesso sesso si applica la legge italiana.

71. Cependant, en Italie, l'application du droit italien au partenariat n'a pas une fonction uniquement résiduelle, qui ne se voudrait que fonctionnelle à assurer au "partenaire faible" les effets juridiques patrimoniaux prévus par le droit italien. La démarche italienne est, en effet, plutôt statutiste que savignienne<sup>59</sup>. D'une part, la transcription de l'acte étranger ayant créée l'union typée liant des citoyens italiens résidents en Italie a pour effet celui d'harmoniser les effets du partenariat enregistré étranger à ceux de l'union typée nationale<sup>60</sup>.

Art. 32-quinquies. 1. L'unione civile, o altro istituto analogo, costituiti all'estero tra cittadini italiani dello stesso sesso abitualmente residenti in Italia produce gli effetti dell'unione civile regolata dalla legge italiana.

Si les deux partenaires ont la nationalité italienne, les effets que le droit étranger rattache au partenariat que son ordre juridique créé – notamment en matière de statut personnel, de présomption de paternité, de pension de veuve, de partage de la prévoyance professionnelle etc. – pourront se produire en Italie seulement si conformes aux effets qui découlent de la célébration d'une union civile de droit italien. Il s'agit d'une variante de la règle anti-élusive désignée en allemand par le nom de *Kappungsregel*<sup>61</sup>.

13 ss., qui retrouvait son fondement, d'une part sur l'égalité des personnes et, d'autre part, sur la conception "internationaliste" de Pasquale Stanislao Mancini. A la base de l'équivalence, il y a l'unité idéale de l'ordre médiéval sous la bannière de la puissance impériale et religieuse (la *res publica christiana*). L'unité du système juridique du Moyen Âge en dépit des différences spécifiques découlant des coutumes et des réglementations municipales justifie la reconnaissance automatique des situations juridiques créées à l'étranger comme l'expliquent plus récemment T. BALLARINO, L. MARI, "Uniformità e riconoscimento. Vecchi problemi e nuove tendenze della cooperazione giudiziaria nella Comunità europea", *Riv. dir. int.*, 2006, pp. 1 ss. pp. 24 ss., notamment par les observations sur le principe "*unum imperium, unum ius*" à la base de la règle médiévale sur la validité de la décision *extra territorium iudicantis*.

<sup>58</sup> Il s'agit de la même règle de droit international privé prévue pour le mariage, avec une autonomie de la volonté élargie.

<sup>59</sup> Sur les statutistes voir notamment B. ANCEL, *Éléments d'histoire du droit international privé*, Paris, 2017, p. 439 ss. et sur Savigny, *ibidem*, p. 473 et suiv.

<sup>60</sup> Ces règles sont inspirées par l'art. 17b, par. 4, EGBGB (c.d. *Kappungsklausel*) qui limite la reconnaissance des effets à ceux que l'union étrangère peut produire dans l'ordre juridique du for. Ces règles visent essentiellement à empêcher le recours aux technologies de reproduction assistées et à la *stepchild adoption*: M. STAUDINGER, A. GEBAUER, "Registrierte Lebenspartnerschaften und die Kappungsregel des Art. 17b Abs. 4 EGBGB", *IPRax*, 2002, p. 275 ss.

<sup>61</sup> Note préc.

72. Comme l'art. 32-*bis*, l'art. 32-*quinquies* limite son propre champ d'application aux situations connexes avec l'Italie par un lien d'appartenance juridique: la nationalité des partenaires<sup>62</sup>.

73. Hormis le cas de partenaires italiens, le droit applicable à l'union constituée à l'étranger dont les effets sont susceptibles de se produire en Italie est la loi de l'État qui a permis la formation de l'union.

Art. 32-*ter* loi n° 218 de 1995: 4. I rapporti personali e patrimoniali tra le parti sono regolati dalla legge dello Stato davanti alle cui autorità l'unione è stata costituita. A richiesta di una delle parti il giudice può disporre l'applicazione della legge dello Stato nel quale la vita comune è prevalentemente localizzata. Le parti possono convenire per iscritto che i loro rapporti patrimoniali sono regolati dalla legge dello Stato di cui almeno una di esse è cittadina o nel quale almeno una di esse risiede.

74. Il est cependant possible pour chacun de partenaires de demander l'application de la loi de l'État où le partenariat se déroule<sup>63</sup>. Cette règle est conforme à l'art. 26 du règlement européen 2016/1104, qui rend inopérante la partie de la disposition relative aux rapports patrimoniaux entre les parties, dès le 29 janvier 2019<sup>64</sup>:

1. [...] la loi applicable aux effets patrimoniaux du partenariat enregistré est la loi de l'État selon la loi duquel le partenariat enregistré a été créé.
2. À titre exceptionnel et à la demande de l'un des partenaires, l'autorité judiciaire compétente pour statuer sur des questions relatives aux effets patrimoniaux d'un partenariat enregistré peut décider que la loi d'un État autre que l'État dont la loi est applicable en vertu du paragraphe 1 régit les effets patrimoniaux du partenariat enregistré si la loi de cet autre État attache des effets patrimoniaux à l'institution du partenariat enregistré et si le partenaire qui a fait la demande démontre que:
  - a) les partenaires avaient leur dernière résidence habituelle commune dans cet autre État pendant une période d'une durée significative; et
  - b) les deux partenaires s'étaient fondés sur la loi de cet autre État pour organiser ou planifier leurs rapports patrimoniaux.

La loi de cet autre État s'applique à partir de la date de création du partenariat enregistré, à moins que l'un des partenaires ne s'y oppose. Dans ce dernier cas, la loi de cet autre État produit ses effets à partir de la date de l'établissement de leur dernière résidence habituelle commune dans cet autre État.

75. Au cœur du règlement européen en matière d'effets patrimoniaux des partenariats enregistrés (et à la différence du règlement en matière de régimes matrimoniaux) nous trouvons la règle *auctor regit actum*<sup>65</sup>. Il est possible de voir dans l'adoption de la règle *auctor regit actum* des systèmes italiens et européen une attitude statutiste, focalisée sur la délimitation de la sphère d'efficacité des règles de

<sup>62</sup> Sur les normes qui limitent leur propre champ d'application, cf. Ph. FRANCESCakis, "Quelques précisions sur les lois d'application immédiate", *Revue critique de droit int. privé*, 1966, p. 1; R. DE NOVA, "Norme autolimitate e autonomia delle parti", *Diritto int.*, 1971, vol. 25, p. 239 ss., et la version anglaise "Self-Limiting Rules and Party Autonomy", *Adelaide Law Review*, 1973, p. 1 ss.; A. BONOMI, *Le norme imperative nel diritto internazionale privato*, Zurich, 1998, p. 158 ss., et, récemment, O. FERACI, *L'ordine pubblico nel diritto dell'Unione europea*, Milano, 2012, p. 46 ss.

<sup>63</sup> L'application de ces deux lois au régime matrimonial des partenaires peut être écartée seulement moyennant un accord de parties quant à la loi applicable. Ce choix connaît les mêmes limites que le choix de la loi applicable au régime matrimonial: s'agissant de la loi d'un État dont l'un d'eux a la nationalité ou où l'un d'eux est domicilié. Comp. la règle suisse sur l'autonomie de la volonté, *supra*, note 60. Comp. aussi la règle italienne prévue pour les relations patrimoniales entre époux: "Art. 30. (Rapporti patrimoniali tra coniugi) – 1. I rapporti patrimoniali tra coniugi sono regolati dalla legge applicabile ai loro rapporti personali. I coniugi possono tuttavia convenire per iscritto che i loro rapporti patrimoniali sono regolati dalla legge dello Stato di cui almeno uno di essi è cittadino o nel quale almeno uno di essi risiede. 2. L'accordo dei coniugi sul diritto applicabile è valido se è considerato tale dalla legge scelta o da quella del luogo in cui l'accordo è stato stipulato [...]".

<sup>64</sup> Considérant 11 et art. 70 du règlement (UE) 2016/1104.

<sup>65</sup> Règle forgée par M.-L. NIBOYET, "Le conflit des autorités: la règle *auctor regit actum*", *Revue critique de droit int. privé*, 1948, p. 397; ID., *Traité de droit international privé français*, t. VI, 1, Paris, 1949, n° 1571 et s.



l'ordre juridique compétent<sup>66</sup>. De plus, la caractéristique principale de la réglementation italienne concerne la distinction entre cas “italiens” – identifiés afin d'en harmoniser les effets à ceux des *unioni civili* – et cas “non-italiens” qui peuvent continuer à être réglés par l'ordre juridique compétent même si celui-ci prévoit des effets inconnus en Italie. Les règles italiennes concernant les effets de l'*unione civile* priment sur les règles de l'ordre juridique compétent si les citoyens italiens sont concernés, alors que les partenaires non-italiens sont soumis à la règle *auctor regit actum*.

76. La règle *auctor regit actum* présente l'avantage de garantir une grande stabilité à la situation des personnes qui, optant pour l'enregistrement d'une union particulière, ont des attentes également particulières quant aux droits et devoirs qui en découlent. Cependant, *auctor regit actum* vaut *locus regit actum*: un adage qui évoque le principe de la liberté de forme et celui du *favor validitatis*, originairement conçus pour alléger le poids de prescriptions solennelles et formelles dans les relations purement patrimoniales entre personnes<sup>67</sup>.

77. L'on constate ici que les techniques utilisées pour limiter l'autonomie de la volonté en matière familiale sont différentes. Pour ce qui concerne la Suisse, le maintien de l'*escape clause* de la fraude à la loi suisse est réputée capable de garantir que le partenariat n'a pas été enregistré à l'étranger pour éluder des dispositions suisses<sup>68</sup>.

78. Plus méfiant, le législateur italien – qui a d'ailleurs toujours réfuté le concept de fraude à la loi en raison des problèmes d'ordre logique qu'il pose – ne permet tout simplement pas que les partenariats qu'il considère italiens et pour lesquels il se considère l'ordre juridique compétent, puissent produire des effets juridiques différents des effets prévus par la loi italienne.

79. Normalement, deux personnes ont intérêt à formaliser leur relation si l'ordre juridique auquel elles demandent de lui faire produire des effets, leur garantit la production desdits effets. Les attentes des parties quant à la production des effets personnels et patrimoniaux de leur union se fondent sur l'ordre juridique de référence de l'union (normalement le lieu du domicile du couple). Une des fonctions traditionnellement attribuées au droit international privé est celle de prévenir ou offrir des remèdes à la situation boiteuse créée par l'intervention inopinée d'une loi étrangère, susceptible de générer un “effet de surprise”, notamment par le biais de la reconnaissance de l'institution étrangère ou moyennant une adaptation de ses effets aux exigences administratives du for. Il y a lieu de se demander si ce genre de raisonnement et les techniques développées en droit international privé afin de garantir l'harmonie internationale de solutions peuvent être transposés aux mariages et unions boiteuses quand le caractère boiteux n'est pas l'effet de l'intervention – surprenante pour les parties – d'une loi imprévue, mais l'effet d'un *law shopping*. Il est en effet difficile de nier que le recours au *law shopping* par les couples homosexuels désireux d'obtenir des effets inconnus par l'ordre juridique de référence fausse la perspective du “respect des attentes légitimes des parties”, théorisée par QUADRI. Le *law shopping*, utilisé pour remédier aux insuffisances ressenties dans l'ordre juridique de référence, devient plutôt un instrument de pression dans la poursuite d'objectifs de politique législative ayant pour but la réforme du droit civil de la famille de la société de référence du couple. Cette stratégie se heurte à la liberté de chaque ordre juridique de décider de manière démocratique les effets à faire produire aux unions qui se sont formalisées à l'étranger. Comme on vient de le voir, l'ordre juridique du for peut s'octroyer (et s'octroie) un droit de regard et de contrôle en sacrifiant les attentes de parties pour préserver la cohésion sociale interne du for. L'objet de ce contrôle est l'acte étranger dont il s'agit de faire produire ou bien les effets que l'ordre

<sup>66</sup> L'importance de l'ordre juridique où se situe l'*auctor* n'est pas ignorée par l'ordre juridique suisse comme le montre le nouveau texte de l'art. 65d IV loi de droit international privé: “Les décisions ou mesures étrangères sont reconnues en Suisse: a. lorsqu'elles ont été rendues dans l'État dans lequel le partenariat a été enregistré, et b. si l'action ne pouvait être intentée ou la requête déposée dans un État étranger dont la compétence est reconnue en Suisse selon les dispositions du chap. 3, ou si l'on ne pouvait raisonnablement exiger qu'elles le soient”.

<sup>67</sup> T. BALLARINO, *Forma degli atti e diritto internazionale privato*, Padova, 1970, spéc. p. 280 et suiv.

<sup>68</sup> Cf. sur cette disposition A. BUCHER, *Commentaire romand*, cit., p. 443 et p. 552.

juridique – *auctor* de la formalisation – fait découler de ladite union, ou bien d’autres effets, qui seraient plus orthodoxes du point de vue de l’Etat du for.

**80.** Parmi les effets des mariages et institutions assimilables au mariage, on distingue traditionnellement, les effets patrimoniaux – très divergents d’un ordre juridique à l’autre – et les effets personnels, qui consistent essentiellement à modifier le statut civil de deux partenaires. Évidemment, les effets personnels présentent moins de divergences d’un point de vue comparatif, puisqu’ils consistent à savoir si, *oui ou non*, la formalisation de la relation a fait perdre aux partenaires leur capacité matrimoniale. Si ladite formalisation n’a pas d’incidence sur le statut civil des partenaires, chacun demeurera libre de se marier avec un tiers sans besoin de dissoudre au préalable l’union auparavant formalisée.

## VII. Les unions typées entre reconnaissance et équivalence

**81.** Par la transcription de l’acte étranger dans ses propres registres administratifs, l’ordre juridique du for certifie qu’une personne a un statut juridique typique, auquel le droit du for rattache des effets juridiques typiques. Dans le cas de la transcription d’un mariage dans les registres de l’état civil, un effet qui se produit immédiatement est celui de créer un empêchement à tout autre mariage (cet effet se produit dans la plupart des pays, qui n’admettent pas la polygamie), partenariat ou union. Partant, une importance particulière revêt, en ce domaine, l’examen de l’incidence du mariage ou partenariat conclu à l’étranger sur le statut civil de l’intéressé, sur sa capacité matrimoniale. Il s’agit de vérifier, essentiellement, si la situation créée à l’étranger correspond à un statut soumis à transcription dans le fichier de l’état civil du for. Pour évaluer cette question, il est nécessaire de vérifier si l’acte a créé à l’étranger une situation juridique identique – ou du moins compatible – à la situation qui est soumise à transcription dans le for<sup>69</sup>.

**82.** L’office de l’état civil procède ainsi à une comparaison entre le partenariat enregistré provenant de l’étranger et le partenariat enregistré du for afin de vérifier si les deux unions typées sont équivalentes. Pour vérifier ladite équivalence, il procède à la qualification, du point de vue interne, de la situation créée par l’autorité étrangère.

**83.** La notion de qualification est amphibologique: dans un premier sens il s’agit de la subsumption d’une catégorie du droit étranger dans l’énoncé (*fattispecie, Tatbestand*) d’une règle de droit international privé du for (déjà sélectionnée); dans un deuxième sens il s’agit de la recherche de la nature “inhérente” à un phénomène social, avant même qu’il soit catégorisé par un droit national, pour choisir la règle de droit international privé applicable. Ici, on fait référence au premier des deux sens: s’agissant de vérifier si l’acte juridique étranger rentre ou non dans la catégorie du for<sup>70</sup>.

**84.** L’examen de l’équivalence n’est pas à confondre avec l’analyse préalable à la reconnaissance des effets d’une situation créée à l’étranger (par. 4). L’équivalence implique une identification préalable des éléments-clé de la notion de l’institution du for, à confronter avec les variantes étrangères qui paraissent homologues. En deuxième lieu, cet examen demande la vérification de la compatibilité entre – d’une part – l’acte étranger ayant créé le partenariat et – d’autre part – l’acte national soumis à transcription.

<sup>69</sup> Sur le principe d’équivalence substantielle voir notamment H. GAUDEMET-TALLON, “De nouvelles fonctions pour l’équivalence en droit international privé?”, in *Le droit international privé: esprit et méthodes, Mélanges en l’honneur de Paul Lagarde*, Paris, 2005, p. 303; B. ANCEL, “Corte costituzionale italiana, 26 février 1987 n. 71”, *Revue critique de droit int. privé*, 1987, p. 563; B. ANCEL, H. MUIR WATT, à propos de Cassation 13 avril 1999, Compagnie Royale belge c. Société Lilloise d’assurances, *ibidem*, 1999, p. 698 et les observations critiques de S. BILLARANT, *Le caractère substantiel de la réglementation française des successions internationales*, Paris, 2004, p. 452.

<sup>70</sup> Sur le problème de qualification voir B. ANCEL, *Les conflits de qualifications à l’épreuve de la donation entre époux*, Paris, 1977 et ID., “L’objet de la qualification”, *Journal du droit int.*, 1980, pp. 227 ss.; P. MAYER, V. HEUZÉ, *Droit international privé*, 2007, pp. 365 ss.; P. NORTH, J. FAWCETT, J. CARRUTHERS, *Cheshire, North and Fawcett, Private International Law*, Oxford, 2008, pp. 42 ss., distinguent l’opération de *classification of the cause of action* (recherche de la nature juridique véritable d’une action) de la *classification of a rule of law* (interprétation d’une norme juridique). *Amplius* sur le caractère amphibologique de l’opération de qualification, I. PRETELLI, *Garanzie del credito e conflitti di leggi*, Napoli, 2010, p. 18 ss.

**85.** Afin de juger de l'équivalence de l'institution étrangère, il est important de vérifier lesquels, parmi les éléments typiques de l'institution du droit interne, sont des critères "identitaires" afin de les distinguer des éléments purement accessoires.

**86.** Le but d'un examen de l'équivalence n'est pas le même de celui de la reconnaissance. Une certification de l'équivalence permet de faire produire à l'institution étrangère, au-delà des effets prévus par l'ordre juridique étranger qui a créé l'institution, les effets typiques de son homologue du for. De plus, il s'agit d'un examen préalable et indépendant d'une exigence pratique et réelle. Il présuppose une analyse de droit comparé visant à décerner les similitudes et les différences entre institutions à première vue similaires créées par des ordres juridiques différents. Bien évidemment, un examen préalable de l'équivalence permet une évaluation plus rapide des effets susceptibles d'être reconnus à l'institution étrangère – dont l'équivalence avec l'institution comparable du for a été déjà mesurée – dans l'ordre juridique du for.

**87.** L'équivalence de l'institution étrangère à une institution façonnée par l'ordre juridique du for permet à ce dernier de faire produire à l'institution étrangère les mêmes effets que l'institution du for (VI.1). A l'aune d'une comparaison entre l'institution étrangère et l'institution interne, l'état du for décide quels actes formalisés à l'étranger correspondent à des actes connus par le for, au point qu'ils peuvent produire les mêmes effets des actes internes.

**88.** Dans un système fondé sur le multilatéralisme, tel que celui qui a été bâti après les guerres du XXe siècle, la liberté de l'état du for de nier la reconnaissance de l'institution étrangère hétérodoxe augmente proportionnellement à l'importance du conflit entre morales opposées, pour se réduire considérablement au moment de l'établissement d'une morale dominante (VI.2).

## 1. L'équivalence des unions étrangères au partenariat suisse

**89.** En Suisse, un examen de l'équivalence de l'acte étranger est régulièrement effectué pour identifier les partenariats étrangers qui peuvent être considérés équivalents au partenariat suisse et être transcrits dans le registre de l'état civil<sup>71</sup> suivant l'art. 7 de l'ordonnance sur l'état civil suisse<sup>72</sup>.

**90.** Il est possible d'extraire de la Loi fédérale sur le partenariat enregistré entre personnes du même sexe (LPart)<sup>73</sup> trois éléments susceptibles de mesurer l'équivalence des institutions étrangères: *i*) le consentement exprimé devant l'officier compétent de l'État *a quo* (et attestant l'existence d'une volonté réelle, cf. arts. 7 et 10 LPart)<sup>74</sup>; *ii*) l'exclusivité de la relation sentimentale : *i.e.* l'absence – pour chacun de partenaires – de liens de parenté, ainsi que de liens découlant d'un mariage ou d'un autre partenariat (art 4, 26 LPart)<sup>75</sup>; *iii*) la communauté de vie et de ressources en suite de l'enregistrement de la déclaration de volonté (art. 12 et suiv., 18 et suiv., 27 LPart).

**91.** D'autres éléments des réglementations du partenariat enregistré concernent, d'une part, la titularité – assurée ou pas – de droits successoraux réciproques de partenaires et, d'autre part, la possibilité – affirmée ou niée – d'avoir une filiation assimilable à la filiation biologique<sup>76</sup>. Ces éléments ne sont

<sup>71</sup> Voir la méthodologie de l'étude citée *supra* (note 8), p. 4 ss.

<sup>72</sup> L'ordonnance sur l'état civil suisse (RS. 211.112.2) prévoit l'enregistrement des données suivantes: a. naissance; b. enfant trouvé; c. décès; d. décès d'une personne non identifiée; e. déclaration concernant le nom; f. reconnaissance d'un enfant; g. droit de cité; h. préparation du mariage; i. mariage; j. dissolution du mariage; k. changement de nom; l. lien de filiation; m. adoption; n. déclaration d'absence; o. changement de sexe; p. préparation de l'enregistrement du partenariat; q. enregistrement du partenariat; r. dissolution du partenariat.

<sup>73</sup> RS. 211.231.

<sup>74</sup> Cf. M. MONTINI, "Premières expériences en rapport avec l'application de la loi fédérale sur le partenariat enregistré entre personnes de même sexe", *Revue de l'état civil*, 2008, 3, p. 96 ss.

<sup>75</sup> *Ibidem*.

<sup>76</sup> Pour des plus amples considérations sur le droit international privé suisse en matière de partenariat enregistrés voir notamment C. WIDMER, "Die eingetragene Partnerschaft im schweizerischen IPR-Gesetz", *IPRax*, p. 155 ss.; A. BUCHER, "Le

pas décisifs dans l'évaluation de l'équivalence en raison de leur caractère accessoire. En d'autres termes, la présence de ces éléments (ou de l'un des deux) n'est pas susceptible de discriminer les partenariats, en ouvrant la voie à une tripartition entre *mariages*, partenariats enregistrés identiques au mariage et partenariats homogènes au partenariat "suisse"<sup>77</sup>.

92. Ainsi, la présence ou l'absence de ces éléments dans le régime étranger du partenariat n'influence pas la transcripabilité de l'acte étranger d'enregistrement dans les fichiers de l'état civil suisse. En effet, les droits successoraux constituent un simple corollaire de la communauté de vie et du patrimoine entre les partenaires et peuvent constituer une preuve efficace de l'équivalence entre le partenariat étranger et le partenariat suisse, mais leur absence dans un régime étranger ne saurait pas affecter irrémédiablement l'existence d'un partenariat entre deux personnes. Il en va de même pour ce qui concerne la possibilité d'adopter des enfants: la *ratio* du partenariat enregistré suisse est celle de servir de cadre à l'organisation de la vie sentimentale d'un couple et la possibilité normative pour ledit couple d'élever les enfants de l'un, de l'une, de l'autre ou des deux partenaires, ou l'absence d'enfants, ne saurait affecter l'existence même d'un partenariat, ni en changer la nature<sup>78</sup>.

93. Une certaine influence pour l'établissement du statut personnel, en revanche, est reconnue aux modes de dissolution des partenariats étrangers. Évidemment, aucune des législations étrangères connues n'a créé des unions homosexuelles et/ou de partenariats à caractère irréversible<sup>79</sup>, cependant les conditions de ladite réversibilité et les prestations compensatoires à la suite de la dissolution sont très variables. Le régime de la dissolution est en lien étroit avec la nature du partenariat: les partenariats de type contractuel étant souvent dissouts *ope legis*<sup>80</sup>, alors que les partenariats qui affectent le statut personnel des intéressés nécessitent de l'intervention d'une autorité pour leur dissolution, notamment pour surveiller la liquidation du régime de la propriété du couple.

94. A la lumière des éléments identifiés par l'office de l'état civil suisse, ne sont pas considérés équivalents au partenariat suisse – et ne sont donc pas transcripables en Suisse – les unions typées suivantes: le PACS français; la cohabitation légale belge; le partenariat enregistré luxembourgeois; le partenariat croate; le partenariat non enregistré hongrois; l'union portugaise *de facto*; le partenariat dans les États américains du *District of Columbia*, d'Hawaii, du Maine, de Massachusetts, de New York et du Wisconsin; l'union *estable de parella* de Andorra; les unions des États latino-américains comme l'union *civil* et l'union *convivencial* de l'Argentine; l'union *marital de hecho* de Colombie; l'union *estable y monogámica* de l'Équateur; la *sociedad de convivencia* de Mexico DF; l'union *concubinaria* de l'Uruguay; les unions de fait israéliennes; la *common law relationship* canadienne; la *de facto relationship* de Nouvelle-Zélande. En définitive, l'office de l'état civil suisse considère équivalents au partenariat suisse les partenariats étrangers en présence des éléments suivants : *i*) l'inscription de l'union dans un registre de l'état civil, pour les pays qui gardent un registre des unions typées; *ii*) leur conclusion à la suite d'une procédure d'enregistrement; *iii*) la création par le partenariat d'un empêchement au mariage<sup>81</sup>.

95. Il est évident que le mariage entre personnes de même sexe célébré à l'étranger réunit toutes les conditions requises: ce qui explique la prévision législative de sa transcription dans les registres suis-

---

regard du législateur suisse sur les conflits de lois en matière de partenariat enregistré", in *Aspects de droit international privé des partenariats enregistrés en Europe*, Genève/Zürich/Basel, 2004, p. 137 ss.; A. MARKUS, "Le droit international privé suisse du partenariat enregistré", *ibidem*, p. 149 ss.; F. STURM, "Das Schwulen- und Lesben-IPR im schweizerischen Entwurf eines Partnerschaftsgesetzes", *Gesetzgebungsbulletin*, 2004, 2, XVII ss.

<sup>77</sup> M. MONTINI, "Premières expériences", *cit.*, p. 96 ss.

<sup>78</sup> *Ibidem*.

<sup>79</sup> Voir cependant *supra*, par. IV.2, à propos de l'indissolubilité *de facto* des mariages homosexuels célébrés à l'étranger par des juifs en Israël.

<sup>80</sup> Par exemple à la suite du mariage de l'un de partenaires. La loi italienne prévoit une conversion *ope legis* du mariage en *unione civile* dans le cas, peu fréquent dans la pratique, de changement de sexe de l'époux/épouse qui souhaite rester en ménage avec son épouse/époux.

<sup>81</sup> Étude de l'ISDC, *cit.* (note 2).

ses. Cependant, à l'instar de l'Italie, la Suisse considère le mariage étranger à l'instar d'un partenariat national<sup>82</sup>.

## 2. Du conflit de civilisations au conflit de morales

96. En droit civil comparé, on remarque l'existence de deux morales opposées: une qui nie que la diversité de sexe est une donnée insignifiante dans la formation d'un couple et d'une famille; une autre qui aplatit les différences entre hommes et femmes pour adopter une conception neutre de la personne qui s'investit dans une relation de couple et qui, de ce fait, mérite d'obtenir une protection juridique adéquate.

97. Un grand nombre d'ordre juridiques se trouvent, à l'heure actuelle, dans une phase de transition qui semble orientée vers l'élargissement de l'autonomie privée en droit de la famille. Le nombre des réformes législatives qui ont lieu depuis trois décennies témoignent et de la transition et de la libéralisation. Cependant, la conception neutre du mariage, d'origine scandinave, n'est pas encore parvenue à guider la convergence des systèmes de droit civil. A l'intérieur même de l'Europe, certains pays ont opté pour le maintien d'une approche traditionnelle, enrichie ou pas par l'introduction d'une institution spécifique pour l'officialisation des unions homosexuelles.

98. Le conflit de lois devient difficile à aménager sans choisir au préalable entre morales – celles qui dénoncent l'illibéralisme de la limitation du mariage aux couples formé d'un homme et d'une femme, d'une part, et celles qui dénoncent le libéralisme de l'ouverture du mariage aux unions homo-affectives, d'autre part. Il ne s'agit pas, d'ailleurs, d'antinomies qui affectent seulement les institutions de droit de la famille. Les différences constatées dépassent le cadre du droit civil pour atteindre le terrain des droits fondamentaux. C'est d'ailleurs sur ce dernier plan que les contradictions deviennent les plus saisissantes.

99. Les systèmes inspirés de la morale traditionnelle considèrent l'union homosexuelle contraire à leur ordre public<sup>83</sup>; à l'autre extrême, ceux qui s'inspirent des morales contemporaines considèrent contraire à l'ordre public la condition du mariage de la diversité de sexe<sup>84</sup>. Le droit international privé du for doit vivre la contradiction entre le conditionnement culturel qu'il subit en raison de son origine nationale et l'aspiration à l'universalité qui est son but ultime. Les solutions qu'il assure sont, de ce fait, assez révélatrices de la projection d'un instinct tout naturel de l'homme: le désir de rendre universel son propre point de vue.

100. En présence d'antinomies, la dialectique permanente entre spécificités culturelles et exigences universelles confronte la *lex fori* à la problématique de protéger simultanément les exigences sociales du for et les attentes individuelles de parties. En pareilles circonstances, le droit international privé a besoin d'une certaine relativité pour assurer des solutions justes aux cas concrets qui se présentent.

101. Ces antinomies confrontent le droit international privé à des problématiques semblables à celles issues de mariages polygamiques, en particulier quand il s'agit de reconnaître des situations juridiques créée en violation des droits fondamentaux. L'exemple classique concerne la validité du mariage contracté par une femme libre à la suite d'une répudiation islamique. La jurisprudence de nombreux pays européens, afin de respecter les attentes légitimes des parties, est encline à la reconnaissance des situations juridiques cristallisées dans la vie d'un individu (*supra* IV).

102. La relativité et la souplesse nécessaires au traitement de ce genre de situations expliquent également le pluralisme de méthodes du droit international privé, illustré dans le cas des unions typées par une divergence de choix entre des réglementations comme l'italienne, inspirée par le droit euro-

<sup>82</sup> Cf. art. 45-3 loi suisse de droit international privé et art. 32-*bis* loi italienne n° 218 de 1995.

<sup>83</sup> Cf. *supra* (par. III.1). Il s'agit, d'une part, d'États confessionnels mais aussi de pays institutionnellement athées comme la Russie.

<sup>84</sup> *Supra* (par. III.3).

péen, et la suisse. Le choix des méthodes plus orientées vers la reconnaissance des situations créées à l'étranger convient aux systèmes de droit qui font jouer un rôle fondamental et fondateur à l'état de création du partenariat parce qu'ils jugent "étranges" plus encore qu'étrangers les partenariats enregistrés.

**103.** En revanche, les pays – comme la Suisse – qui reconnaissent à la catégorie union homo-affective un caractère universel, en dépit de spécificités nationales et de différentes typisations juridiques existantes, peuvent attribuer un rôle résiduel au lieu de la célébration (ou de l'enregistrement) de l'union pour privilégier des lieux tels celui où la relation se déroule. C'est là, après tout, que les effets personnels et patrimoniaux de l'union se produisent spontanément et c'est donc à l'aune de ce *sein* que le *sollen* peut être reconstruit si besoin est.

## VII. Le statut boiteux entre stupeur et tremblements

**104.** La création de situations boiteuses devrait pouvoir être évitée par l'utilisation des techniques de droit international privé, comme les méthodes de la reconnaissance, décrites par Bertrand ANCEL et théorisées par Pierre MAYER<sup>85</sup>: "lorsque l'État [...] consacre à l'intérieur de l'espace qui lui est assigné l'existence d'une situation juridique déterminée, quel qu'en soit sa source (légale, administrative, judiciaire voire privée), cette situation juridique, parce que prise en charge par l'État compétent, s'impose universellement"<sup>86</sup>.

**105.** Cependant ces méthodes supposent que l'État qui a créé la situation juridique dont la reconnaissance est demandée, soit compétent. En d'autres termes, il est permis de faire abstraction du for pour faire référence à l'ordre juridique étranger seulement si la relation en cause est *de facto* liée à celui-ci, dans une mesure égale, sinon supérieure, à l'État du for. Si le mariage met en relation deux personnes rattachées à deux ordres juridiques différents et incompatibles, le choix de l'un ou de l'autre pour la prise en charge de la situation créée par le mariage devrait s'imposer universellement, y compris en Israël et sans égard à l'absence, dans cet État, d'un droit civil de la famille.

**106.** En revanche, si l'ordre juridique étranger n'est concerné que par le choix des parties d'utiliser sa législation pour lui faire produire des effets extraterritoriaux, la construction juridique fabriquée par les parties risque de s'écrouler face à l'irréparable incompétence de l'ordre juridique choisi, qui n'est pas celui qui donne un ordonnancement à la société de référence du couple. En ce cas, c'est la qualification même d'ordre juridique compétent qui devient problématique.

**107.** Quand un individu accède de manière temporaire et instrumentale à une société dans le seul but d'obtenir un statut civil inconnu de la société à laquelle il est intégré, il crée une situation instable. Ne souhaitant pas s'intégrer à la société qui a produit la règle qui lui accorde le statut civil désiré, il perd son *ubi consistam*, sa société de référence.

<sup>85</sup> Voir notamment: de P. MAYER, "Les méthodes de la reconnaissance en droit international privé", *Le droit international privé: esprit et méthodes, Mélanges en l'honneur de Paul Lagarde*, 2005, p. 547 ss. La littérature en matière de méthode ou méthodes de reconnaissance est abondante: voir S. BOLLÉE, "L'extension du domaine de la reconnaissance unilatérale", *Revue critique de droit int. privé*, 2007, p. 309; Ch. PAMBOUKIS, "La renaissance-métamorphose de la méthode de reconnaissance", *Revue critique de droit int. privé*, 2008, p. 512 ss.; P. LAGARDE, "Développements futurs du droit international privé dans une Europe en voie d'unification: quelques conjectures", *Rechts Zeitschrift für ausländisches und int. Privatrecht*, 2004, p. 225 ss. Critique sur la méthode R. MICHAELS, "EU Law as Private International Law? Re-conceptualising the Country-of-Origin Principle as Vested Rights Theory", *Duke Law School Working Paper Series*, 2006, p. 1 ss., qui y voit une révision de la théorie des droits acquis, compatible avec une ère libérale en économie et, par conséquent, hostile à la souveraineté de l'État.

<sup>86</sup> B. ANCEL, "Les règles de droit international privé et la reconnaissance des décisions étrangères", *Riv. dir. int. priv. proc.*, 1992, pp. 201 ss., p. 214. La constatation de l'existence de situations juridiques créées à l'étranger et automatiquement reconnues dans le for, bien que contraires au droit international privé du for, est un des arguments utilisés par G. BALLADORE PALLIERI, "I limiti di efficacia dell'ordinamento italiano", *Jus*, 1940, p. 25 ss., pour affirmer et identifier les limites d'efficacité de l'ordre juridique italien.

**108.** Sa société d'appartenance, dont il refuse une règle sociale de base, se trouve confrontée à un fait accompli dont la gestion juridique l'expose au choix entre deux contradictions: soit accepter la règle étrangère interdite qui contredit l'ordonnement sur lequel elle est bâtie, soit la refuser et rendre boiteux le statut civil de l'individu concerné. En ce cas, des formes d'ostracisme et des mécanismes dissuasifs – telles la *Kappungsregel* – sont mis en place avec la finalité de préserver la règle de base<sup>87</sup>.

**109.** Ces mesures ne sont pas susceptibles de créer un effet de surprise irrespectueux des attentes psychologiques des parties<sup>88</sup>. On a d'ailleurs constaté (*supra*, par. V.1.) que le respect des attentes légitimes des parties peut céder le pas à l'adoption de solutions nationales informées au principe de cohésion de l'ordre interne. Cependant, à la différence du statut boiteux des femmes cadettes du polygame, celui de l'homme ou de la femme vivant dans une union homo-affective peut receler une discrimination prohibée par la Convention européenne des droits de l'homme<sup>89</sup>.

**110.** Censée avoir une connotation péjorative, l'expression *law shopping* perd cette nuance chaque fois que la Cour européenne de droit de l'homme évalue la "loi achetée à l'étranger" à l'aune de l'*id quod plerumque accidit*. La Cour procède à la comparaison des droits internes des États sur lesquels elle exerce sa juridiction, afin de déterminer si ladite loi, " achetée " à l'étranger, afin de remédier à la lacune du droit du for, exprime un droit qui peut se dire acquis dans la culture juridique globale des États parties au Conseil de l'Europe. Il ne s'agit plus, ainsi, de respecter les attentes légitimes des parties mais d'évaluer si les faits juridiques accomplis dans un autre pays devraient ou non primer sur le droit civil interne, à l'aune d'une comparaison juridique ayant pour objet la culture juridique prépondérante et son évolution probable vers une uniformisation progressive<sup>90</sup>. En cas de réponse affirmative, le fait juridique accompli à l'étranger devra être transposé dans l'ordre juridique du for sans égard à son potentiel effet disruptif sur la cohésion sociale interne. Il faudra cependant vérifier si cette évolution ne sera pas encore une fois démentie par l'histoire: les replis nationalistes exprimés par les résultats électoraux des derniers temps invitent à la plus grande prudence<sup>91</sup>.

**111.** En attendant l'évolution future, on constate que, si l'équivalence permet la pleine reconnaissance d'un statut civil acquis à l'étranger, la non-équivalence ne signifie pas une reconnaissance absolue de celui-ci. Fruit d'un compromis imparfait et bien que génératrice d'un statut boiteux, la reconnaissance partielle des effets du statut civil acquis à l'étranger est susceptible d'assurer un certain équilibre entre la justice du cas concret et le respect de valeurs sur lesquelles la société de référence du couple est bâtie.

<sup>87</sup> I. PRETELLI, "Le droit international privé entre Chartes des droits et droits 'à la carte'", in *Mélanges en l'honneur du Professeur Bertrand Ancel*, Paris, 2018, p. 1320, *mutatis mutandis*, à propos de l'utilisation d'un droit étranger pour contourner l'interdiction de subrogation de maternité et, en général sur les problèmes générés par la perte d'une "société de référence".

<sup>88</sup> *Supra* (note 27).

<sup>89</sup> *E multis* Cour européenne des droits de l'homme, 21 juillet 2015, n° 18766/11 et n° 36030/11, *Oliari et autres c. Italie*. Il existe un droit fondamental qui appartient à tout couple stable et sérieux (par. 167) à disposer d'un "cadre juridique spécifique" prévoyant la reconnaissance d'un *statut civil*; Cour européenne des droits de l'homme, 14 décembre 2017, nos 26431/12, 26742/12, 44057/12 et 60088/12, *Orlandi et autres c. Italie, supra*, par. III.2.

<sup>90</sup> Voir notamment, Cour européenne des droits de l'homme, 10 avril 2019, *Avis consultatif relatif à la reconnaissance en droit interne d'un lien de filiation entre un enfant né d'une gestation pour autrui pratiquée à l'étranger et la mère d'intention demandé par la Cour de cassation française* (Demande n° P16-2018-001), n° 22-24 et 43.

<sup>91</sup> P. KINSCH, *European Courts And The Obligation (Partially) To Recognise Foreign Same-sex Marriages - On Orlandi And Coman*, cit. (à paraître), avance que le choix auquel se trouvent confrontés plusieurs pays européens est à présent entre une *illiberal democracy* et une *liberal non-democracy*.

# DERECHOS HUMANOS FUNDAMENTALES Y GESTACIÓN POR SUBROGACIÓN EN EL MARCO DE LOS NUEVOS MODELOS FAMILIARES

## HUMAN RIGHTS AND SURROGATE MOTHERHOOD IN THE FRAME OF NEW FORMS OF FAMILY

HILDA AGUILAR GRIEDER

*Profesora Titular de Derecho internacional privado*

*Universidad de Huelva*

ORCID ID: 0000-0002-3138-8904

Recibido: 17.06.2019 / Aceptado: 05.07.2019

DOI: <https://doi.org/10.20318/cdt.2019.4948>

**Resumen:** El presente estudio analiza una temática actual de enorme repercusión social y de suma sensibilidad: la llamada gestación por subrogación. Dicha problemática, que ha suscitado una viva polémica tanto en España como en el extranjero, se puede analizar desde diferentes perspectivas. En este artículo nos limitaremos a explorar los derechos humanos fundamentales implicados en la referida institución, ya que consideramos que ello es un presupuesto indispensable para tratar los diferentes problemas que plantea la maternidad subrogada.

**Palabras clave:** nuevos modelos familiares, maternidad subrogada, acuerdo de gestación por subrogación, establecimiento de un vínculo de filiación, madre gestante, comitentes o padres intencionales, derechos humanos fundamentales, dignidad humana, mercantilización, interés superior del menor, orden público internacional.

**Abstract:** This study analyses one actual institution who has opened a deep debate in Spain and in other countries: the surrogate motherhood. The treatment of this problem can be done in different perspectives. In this study we only pretend to analyse the human rights involved in the surrogate motherhood, because the treatment of the different problems of this institution depends on this principal matter.

**Keywords:** new forms of family, surrogate motherhood, surrogate arrangement, establishment of legal ties of filiation, intended parents, human rights, human dignity, commodification, interests of the child, international public policy.

**Sumario:** I. Reconocimiento de la filiación de un niño concebido por la vía de las técnicas de reproducción asistida: planteamiento del problema y objeto de estudio. II. Derechos humanos fundamentales implicados en la gestación subrogada: presupuestos de partida. III. Implicaciones del derecho a la dignidad del ser humano y del derecho de la persona al respeto de su integridad física en la problemática objeto de estudio. IV. Principio del interés superior del menor y gestación por subrogación. V. Derecho a ser padres versus deseo de ser padres: alcance del denominado *ius nubendi*. VI. Implicaciones del derecho a la vida privada y familiar en la problemática objeto de análisis. VII. Implicaciones del derecho a la no discriminación por orientación sexual en la problemática objeto de estudio. VIII. A modo de conclusiones.



## I. Reconocimiento de la filiación de un niño concebido por la vía de las técnicas de reproducción asistida: planteamiento del problema y objeto de estudio

1. El presente trabajo tiene como objeto de estudio llevar a cabo una comparativa de dos realidades jurídicas actuales diferentes de enorme repercusión social, para lo cual me voy a servir como base o hilo conductor de los principios subyacentes y los derechos humanos fundamentales implicados en ambas problemáticas jurídicas<sup>1</sup>. Dichas cuestiones jurídicas, que han suscitado una viva polémica social y política, han sido objeto de dos sentencias de la Sala 1ª de nuestro Tribunal Supremo (en adelante, TS), muy próximas en el tiempo, en las cuales éste ha fallado en sentido inverso por lo que al reconocimiento de la filiación se refiere. Al menos *a priori*, ello puede hacer pensar que la postura adoptada por la Sala de lo Civil de nuestro TS es contradictoria. De hecho, un sector doctrinal ha estimado que existe una contradicción valorativa entre ambas sentencias<sup>2</sup>. En la presente publicación pretendo analizar si el hecho de haber fallado el TS en sentido inverso, en ambas sentencias, entraña o no una contradicción valorativa. Pese a que en ambas realidades jurídicas, sobre las que versan las referidas sentencias, se dilucida sobre el establecimiento de un vínculo de filiación de un niño concebido a través de técnicas de reproducción asistida, a lo largo de la intervención trataremos de dejar patente que los intereses implicados son diferentes y que los derechos humanos fundamentales subyacentes a tales situaciones jurídicas, pese a ser parcialmente coincidentes, no juegan en la misma dirección.

2. Por un lado, en la STS (Sala 1ª), 15 de enero 2014<sup>3</sup>, sobre reclamación de la filiación de la mujer no progenitora por posesión de estado, se reconoce la filiación homoparental no matrimonial, con base en la referida institución civil, respecto de un menor concebido a través de la vía de las técnicas de reproducción asistida por una pareja de hecho de mujeres. Por lo tanto, esta sentencia puede considerarse como pionera en materia de filiación y parejas del mismo sexo, ya que en ella la Sala de lo Social de nuestro TS ha admitido la doble maternidad por la vía de una institución regulada en el art. 131 de nuestro Código civil: la posesión de estado. De este modo, a través de la susodicha institución, se consigue el reconocimiento de la filiación (y no un mero derecho de visita [lo cual en épocas pasadas era también inviable]), a la mujer no sometida a la técnica de reproducción asistida, con respecto al hijo nacido de la aplicación de la misma a la mujer con la cual formaba una pareja de hecho. Esta avanzada sentencia nos parece una clara manifestación de cómo las instituciones jurídicas han de adaptarse a los nuevos tiempos, a las demandas de la sociedad actual, en aras de cumplir la función protectora que el Derecho, en general, y el Derecho internacional privado, en particular, está llamado a cumplir; utilizándose para resolver cuestiones jurídicas para las cuales no habían sido en un principio concebidas.

3. Y, por otro lado, en la polémica STS (Sala 1ª), de 6 de febrero de 2014<sup>4</sup>, no se reconoce, en España, la filiación de dos nacidos, en el extranjero (en concreto, en California), mediante la práctica de gestación por subrogación y, por consiguiente, se deniega la inscripción de la referida filiación, de los niños nacidos en California, en el Registro civil español.

En el controvertido ATS, de 2 de febrero de 2015, nuestro alto Tribunal ha ratificado su postura, consistente en defender el no reconocimiento en España de la inscripción de los “niños de California”, al considerar que en la jurisprudencia del Tribunal Europeo de Derechos Humanos (en lo sucesivo, TEDH) alegada, motivadora del susodicho auto, se falló de otro modo debido al distinto resultado producido, en relación con los menores fruto de la gestación subrogada, en las situaciones planteadas ante el TS y ante el TEDH. Dicho auto trae causa del hecho de que determinadas sentencias del TEDH, posteriores al fallo de nuestro TS en la polémica sentencia anteriormente aludida, se han mostrado a favor del reconocimiento de la filiación de los niños nacidos por la vía de la gestación por subrogación, esto es, de

<sup>1</sup> Este trabajo trae causa de la comunicación presentada, en el seno del V Congreso internacional de Derecho internacional privado “Gestación subrogada”, celebrada en la Universidad Carlos III de Madrid los días 25 y 26 de abril de 2019.

<sup>2</sup> Tal es el caso, entre otros, del profesor J. FLORES RODRÍGUEZ, “Nuevas formas de familia, filiación y técnicas de reproducción asistida”, *Actualidad Civil*, 2014, núm. 5, pp. 541-547.

<sup>3</sup> *La Ley* 11199/2014.

<sup>4</sup> *La Ley* 2868/20149.

la inscripción de los niños nacidos por la referida práctica: la STEDH de 26 de junio de 2014 (asunto *Labasse y Mennesson*)<sup>5</sup>; la STEDH de 27 de enero de 2015 (asunto *Paradiso y Campanelli*); así como la STEDH de 21 de julio de 2016 (asunto *Foulon y Bouvet*). En cualquier caso, dicha jurisprudencia del TEDH se basa en casos con unas circunstancias muy concretas y específicas, considerando nuestro TS que la situación de desamparo del menor no es la misma en uno y otro caso<sup>6</sup>.

4. Las dos cuestiones jurídicas referidas por las anteriormente mentadas sentencias de la Sala de lo Civil de nuestro TS, que siendo muy próximas en el tiempo han fallado en sentido diverso por lo que al reconocimiento de la filiación se refiere, presentan ciertas similitudes, entre las cuales podemos destacar las siguientes.

En primer lugar, las dos sentencias de la Sala de lo Civil del TS tienen como denominador común que, en ambos supuestos se reivindica, en el contexto de parejas del mismo sexo, el establecimiento del vínculo de filiación con respecto a un menor.

En segundo término, en los dos casos el niño ha sido concebido a través de técnicas de reproducción humana asistida. Es indiferente que en un supuesto haya donación de óvulos y en el otro no, ya que, en el ordenamiento jurídico español, se reconoce la filiación obtenida a través de las técnicas de reproducción humana asistida como filiación por naturaleza, ya sea con material genético propio o ajeno, pero no la gestación por subrogación (art. 10.2 de la Ley 14/2006, de 26 de mayo, sobre técnicas de reproducción humana asistida<sup>7</sup>); y ello con independencia de recurrirse o no, para llevarla a cabo, a la donación de gametos, la cual, en el seno de nuestro ordenamiento jurídico, está permitida y es anónima (lo cual, como es sabido, no acontece en muchos ordenamientos jurídicos estatales). Por esta y otras razones, la Ley 14/2006 puede considerarse como una Ley de técnicas de reproducción asistida especialmente avanzada. No es casualidad que nuestro país se haya convertido, desde la vigencia de la referida legislación (año 2006<sup>8</sup>), en un paraíso del denominado “turismo procreativo internacional”.

En tercer lugar, ambas sentencias de la Sala de lo civil de nuestro TS son fruto de la diversidad de modelos familiares existente, actualmente, en el mundo occidental, en general, y en la sociedad española, en particular. De hecho, tanto una como otra sentencia se refieren a supuestos englobados dentro de los nuevos modelos o formas de familia. Como es bien sabido, actualmente, en el seno de las sociedades occidentales, se vislumbra una diversidad de modelos familiares<sup>9</sup>: familia tradicional (basada en la unión matrimonial entre un varón y una mujer [a tal concepción tradicional de la familia responde el art. 32.1 de la Constitución española de 6 de diciembre de 1978<sup>10</sup>]), familia de hecho, familia reconstituida (fruto de la unión entre familias ya disueltas), familia monoparental, familia entre personas del mismo sexo (ya sea matrimonial<sup>11</sup> o no) y familia “poligámica” (fruto de la multiculturalidad de las actuales

<sup>5</sup> En relación con este asunto, *vid.* la primera Opinión Consultiva (no vinculante) del TEDH, emitida el 22 de abril de 2019, a raíz de un caso de gestación por sustitución transfronteriza, *Cartas blogatorias. El Blog de los Litigios Internacionales*.

<sup>6</sup> Un riguroso análisis de la jurisprudencia citada sobre gestación subrogada, tanto de la Sala de lo Civil de nuestro TS como de la del TEDH, puede encontrarse en A.L. CALVO CARAVACA/J. CARRASCOSA GONZÁLEZ, “Gestación por sustitución y Derecho internacional privado. Más allá del Tribunal Supremo y del Tribunal Europeo de Derechos Humanos”, *Cuadernos de Derecho Transnacional*, 2015, vol. 7, núm. 2, pp. 45-113.

<sup>7</sup> La Ley 14/2006 sobre técnicas de reproducción humana asistida, conforme a la cual la donación de gametos además de estar permitida es anónima, declara expresamente de un modo particularmente claro, en su art. 10.2, la nulidad de pleno derecho del contrato o acuerdo de subrogación: “la filiación de los hijos nacidos por gestación de sustitución será determinada por el parto”.

<sup>8</sup> En dicha fecha fue derogada la antecesora directa de la Ley 14/2006: la Ley 35/1988, de 22 de noviembre, de técnicas de reproducción asistida, cuya Exposición de Motivos señalaba que tales técnicas “ya no sólo es factible utilizarlas como alternativa a la esterilidad”, pues “desde el respeto a los derechos de la mujer a fundar su propia familia en los términos que establecen los acuerdos y pactos internacionales garantes de la igualdad de la mujer, la Ley debe eliminar cualquier límite que socave su voluntad de procrear y constituir la forma de familia que considere libre y responsablemente”. Es significativo que la Ley 14/2006 ya no haga referencia alguna al término de “esterilidad”, lo cual es un presupuesto indispensable para eliminar toda discriminación por orientación sexual o por tratarse de una familia monoparental.

<sup>9</sup> En relación con la diversidad de modelos familiares que se vislumbra actualmente en Occidente, y con las dos tesis existentes en la doctrina civilista en relación con la familia, *vid.* A.L. CALVO CARAVACA/J. CARRASCOSA GONZÁLEZ, *Derecho Internacional privado*, vol. II, Comares, Granada, 2017, pp. 124-126.

<sup>10</sup> *BOE*, de 29 de diciembre de 1978, núm. 311.

<sup>11</sup> Aunque en el momento de la redacción de estas líneas, ya 26 países admiten el matrimonio entre personas del mismo

sociedades europeas en las que coexisten nuestros modelos de familia con otras formas de familia que traen causa de la cultura islámica [en la que existe una evidente supremacía del varón sobre la mujer]).

En cuarto término, estimo que, en ambas sentencias, la Sala de lo Civil de nuestro TS ha partido de una misma tesis en relación con la familia, en concreto, de la tesis moderna, que a diferencia de la tesis clásica o tradicional, no está ligada a la procreación; sino que su función es potenciar la realización de los derechos fundamentales de los particulares (entre ellos, el derecho al libre desarrollo de la personalidad, el interés superior del menor, el derecho a la dignidad del ser humano y el derecho de la persona al respeto de su integridad física).

## II. Derechos humanos fundamentales implicados en la gestación subrogada: presupuestos de partida

5. Pese a reconocer las evidentes similitudes existentes entre ambas sentencias de la Sala de lo Civil de nuestro TS, las cuestiones jurídicas sobre las cuales versan las mismas presentan notables diferencias, que justifican que no puedan considerarse las referidas sentencias de la Sala de lo Civil de nuestro TS como contradictorias. A nuestro modo de ver, entre las diferencias más relevantes, entre las dos cuestiones jurídicas sobre las cuales versan las mentadas sentencias, al margen de que una se refiere a una relación jurídica meramente interna y otra a una relación jurídico-privada internacional, cabe destacar las siguientes.

Por un lado, de ambas sentencias se desprende que no se puede otorgar el mismo tratamiento a cualquier filiación que haya sido concebida a través de técnicas de reproducción asistida, pero no por existir en un caso donación de óvulos y en el otro no, sino por ser muy distintos los intereses en juego y, consiguientemente, por no ser idénticos los derechos humanos fundamentales implicados en ambas problemáticas jurídicas ni jugar en la misma dirección los derechos fundamentales coincidentes en ambas cuestiones jurídicas. En algunos círculos se ha llegado incluso a asimilar la donación de gametos a la maternidad subrogada. En nuestra opinión, tanto desde una perspectiva *de lege lata* como *de lege ferenda*, la “donación de óvulos”<sup>12</sup> no es equiparable al en ocasiones denominado “alquiler de vientres”<sup>13</sup>, ya que los derechos humanos fundamentales implicados son distintos en uno y otro caso<sup>14</sup>; lo cual justifica que ambas figuras sean objeto de un tratamiento diferente. De hecho, la gestación por sustitución puede llevarse a cabo o no mediante técnicas de reproducción humana asistida y, en caso afirmativo (que es lo más habitual), aportando o no la mujer gestante o madre gestacional también su óvulo (siendo ésta la modalidad tradicional de gestación subrogada [mientras que en la “gestacional o parcial” los comitentes o padres intencionales aportan su material genético]). Por lo tanto, los comitentes o padres intencionales pueden aportar o no sus gametos. Caben, pues, muchas variantes.

Por otro lado, las dos sentencias referidas de la Sala de lo Civil de nuestro TS se basan en el principio del interés superior del menor, pero fallan en sentido distinto por la diversidad de intereses implicados en los supuestos de reconocimiento de filiación homoparental no matrimonial y en los de solicitud de reconocimiento de la filiación de un menor procedente de una gestación por subrogación llevada a cabo en el extranjero. En efecto, el principio del interés superior del menor, que está presente en ambas sentencias de nuestro TS, juega en distinto sentido o dirección en los dos supuestos contemplados, por existir, como ya veremos, diferentes intereses en juego.

---

sexo (el último reconocimiento se ha producido en Australia), nuestro país puede sentirse orgulloso por lo que a esta cuestión se refiere, ya que la controvertida Ley 13/2005, que admitió en España el matrimonio entre personas del mismo sexo, fue pionera y revolucionaria en esta materia. Podemos congratularnos de que España haya sido pionera en el reconocimiento de muchos derechos sociales, confiando en que la convulsa y reciente situación política no suponga una merma en el reconocimiento de derechos sociales conquistados con mucho esfuerzo y pese a la dura oposición de ciertos sectores sociales.

<sup>12</sup> Se habla de “donación” debido a que el coste que conlleva, sobre unos 900 euros, cubre básicamente los gastos generados a la mujer que dona sus óvulos.

<sup>13</sup> El coste de la maternidad subrogada es, en la práctica totalidad de los supuestos, tremendamente elevado, aproximadamente unos 120.000 euros, aunque el importe varíe según cuál sea el país de donde proceda el niño. Dicho coste hace inviable hablar de “donación de vientres”, ya que existe un sentir popular de que, aunque la gestación subrogada llegase a ser altruista, el “pago se haría por la puerta de atrás”.

<sup>14</sup> Sería como comparar, como ha llegado a hacer algún político español, un aborto con un infanticidio.

Al margen de lo señalado, existen otros derechos humanos fundamentales implicados en los diversos supuestos a los que hacen referencia las mentadas sentencias sobre reconocimiento de la filiación homoparental no matrimonial y sobre no reconocimiento de la filiación de un menor procedente de una gestación por subrogación. Los principios y derechos humanos fundamentales, subyacentes a ambas problemáticas jurídicas, aunque sean parcialmente coincidentes, juegan en un sentido o dirección diferente en cada una de ellas por ser distintos los intereses afectados. Ello justifica que el resultado de ambas sentencias de nuestro TS sea opuesto sin que ello conlleve, a mi modo de ver, una contradicción valorativa entre ambas sentencias.

6. Entre los derechos humanos fundamentales implicados en la gestación o maternidad subrogada se encuentra, además del principio del interés superior del menor (dentro del cual tienen cabida diferentes derechos), el derecho a la dignidad de la persona (en nuestro caso, tanto de la mujer gestante como del niño objeto del contrato o acuerdo de subrogación), el derecho de la persona a su integridad física y moral (de la madre gestacional), el denominado *ius nubendi* (considerado como el derecho de una persona a casarse y a fundar una familia), el derecho a la vida privada y familiar, así como el derecho a la no discriminación por razón de género y orientación sexual. Todos estos derechos fundamentales han sido consagrados por las Constituciones estatales (entre ellas por nuestra Carta Magna); y desarrollados por la normativa internacional de derechos humanos y, más en concreto, por la Declaración Universal de los Derechos Humanos de 10 de diciembre de 1948; por el Convenio Europeo para la protección de los derechos humanos y de las libertades fundamentales, hecho en Roma el 4 de noviembre de 1950<sup>15</sup>, enmendado por el Protocolo número 11, de 11 de mayo de 1994; por el Pacto Internacional de Derechos Civiles y Políticos, de 19 de diciembre de 1966<sup>16</sup>; por la Convención sobre la eliminación de todas las formas de discriminación contra la mujer, de 18 de diciembre de 1979<sup>17</sup>; por la Carta de Derechos Fundamentales de la Unión Europea; por la Convención de las Naciones Unidas, sobre los derechos del niño, de 20 de noviembre de 1989<sup>18</sup>; etc.

7. Es innegable que la gestación por subrogación es un fenómeno extremadamente complejo, ya que además de presentar aspectos sumamente variados (éticos, jurídicos, religiosos, etc.), los principios y valores implicados en la referida institución son muy diversos. Además, no existe una postura unánime acerca del contenido de alguno/-os de los derechos humanos fundamentales implicados en la gestación por subrogación. Tal es el caso, por ejemplo, del polémico y heterogéneo concepto del “interés superior del menor”, al cual han recurrido, por la razón alegada, tanto los defensores como los detractores de la práctica de la maternidad subrogada.

8. Con independencia de la opinión que nos merezca la gestación por subrogación, consideramos que es preciso partir de tres premisas básicas. Por un lado, no todos los mentados principios o derechos humanos fundamentales, que subyacen detrás de la institución de la gestación por subrogación, juegan en la misma dirección en relación con la cuestión jurídica de la admisión o no en España de la maternidad subrogada. Por otro lado, no todos ellos tienen el mismo peso. Y, por último, no todos los referidos derechos humanos fundamentales resultan afectados con la misma intensidad en la problemática jurídica objeto de estudio.

A continuación nos proponemos llevar a cabo un breve análisis de los principios subyacentes y derechos humanos fundamentales implicados en la problemática jurídica de la gestación por sustitución, ya que consideramos que ello es un presupuesto indispensable para tratar los diferentes problemas que plantea la maternidad subrogada en el marco del Derecho interno y en el del Derecho internacional privado (tanto en sede de Derecho aplicable como en el ámbito de la eficacia extraterritorial de decisiones extranjeras). Los derechos humanos fundamentales implicados en la institución de la maternidad subro-

<sup>15</sup> BOE, de 10 de octubre de 1979, núm. 243; BOE, de 26 de junio de 1988, núm. 152. Corrección de errores: BOE, de 17 de septiembre de 1998, núm. 223.

<sup>16</sup> BOE, de 30 de abril de 1977, núm. 103.

<sup>17</sup> BOE, de 21 de marzo de 1984, núm. 69.

<sup>18</sup> BOE, de 31 de diciembre de 1990, núm. 313.

gada habrán de tenerse en cuenta, como punto de partida ineludible, para abordar tres cuestiones básicas: la admisión de la institución en el ordenamiento jurídico español; el reconocimiento en España de la filiación de los nacidos en el extranjero mediante gestación por subrogación; así como el reconocimiento en nuestro país de ciertos “efectos colaterales” de la institución (como es el caso de la llamada “prestación por maternidad subrogada”). Se trata de tres problemáticas completamente diferentes, pero para la resolución de cualquiera de ellas es preciso tener presente, como necesario punto de partida, cuáles son los principios y derechos humanos fundamentales implicados en la gestación por subrogación.

### III. Implicaciones del derecho a la dignidad del ser humano y del derecho de la persona al respeto de su integridad física en la problemática objeto de estudio

9. En buena parte, nuestra valoración de la gestación por subrogación va a depender de si consideramos o no que la misma atenta o no contra principios y derechos humanos fundamentales consagrados por las Constituciones estatales y desarrollados por la normativa internacional de derechos humanos. De hecho, en la sentencia de la Sala de lo Civil de 6 de febrero de 2014, nuestro TS ha considerado que la gestación por subrogación atenta contra el derecho a la dignidad del ser humano. Dicha postura ha sido defendida por un importante sector de la doctrina constitucionalista, siendo uno de sus máximos exponentes el profesor O. SALAZAR BENÍTEZ<sup>19</sup>. Coincido con dicho sector doctrinal en que la gestación subrogada deshumaniza y cosifica a la mujer; convirtiendo a la mujer y al niño en objeto de comercio, en un mero producto de mercado, en definitiva, en una mercancía; ya que es una quimera pensar que pueda ser altruista. Tal como ha puesto de manifiesto el profesor O. Salazar Benítez, la gestación subrogada implica la “instrumentalización del ser humano”, “convierte al ser humano en una mercancía”; el menor y la mujer se introducen, por esta institución, en la “dinámica del mercado”. En su opinión, “que se pueda comprar y vender todo lo que sirva para satisfacer nuestros deseos” responde a una “lógica economicista” propia de un modelo económico neoliberal. Coincido con el señalado profesor en que determinadas cuestiones (en concreto, las relacionadas con el cuerpo humano y con la integridad física del individuo como venta de órganos, de niños y de personas) deben quedar al margen del tráfico mercantil. El profesor Salazar llega a comparar la gestación subrogada a la “venta de un niño”. Con esta afirmación no estoy de acuerdo. A mi juicio, ello es como comparar la donación de óvulos a la maternidad subrogada. Considero que se trata de escalones distintos: donación de óvulos, maternidad subrogada y venta de niños. No obstante, en el primer caso estimo que no se vulnera ningún derecho fundamental, pero en los otros dos sí, aunque la gravedad de los dos supuestos no sea la misma.

10. A mi modo de ver, la propia terminología empleada para denominar a la institución pone de manifiesto en qué medida afecta la misma a la dignidad del ser humano, tanto de la mujer gestante (madre gestacional) como del nacido de su vientre: “vientre de alquiler”, “maternidad subrogada”, “gestación por subrogación” o “gestación por sustitución”. De hecho, se contrata a una mujer para gestar a un niño/-a que será entregado/-a, tras su nacimiento, a la persona o personas que hayan contratado con la misma con la referida finalidad. Caben muchas variantes en el seno de la maternidad subrogada: llevarla a cabo mediante técnicas de reproducción humana asistida o no, con material genético propio o ajeno, los comitentes o padres intencionales pueden ser tanto un sujeto individual como una pareja, en el caso de ser los comitentes una pareja, ésta puede ser del mismo o de distinto sexo, matrimonial o no matrimonial, incluso, al menos en teoría, el contrato puede ser oneroso o “gratuito”, etc. Pero en todos los supuestos de gestación subrogada se trata de un contrato por virtud del cual la mujer gestante o madre gestacional se compromete/obliga a entregar, a los comitentes o padres intencionales, al nacido, en definitiva, se contrata a una mujer para gestar un niño “para otros”, y ésta se obliga a entregar al nacido; incluso en el “hipotético supuesto” en el cual el contrato fuese, en lugar de oneroso, “gratuito”. De hecho, la mujer que consiente en llevar a cabo la gestación por sustitución (gráficamente llamada “vientre

<sup>19</sup> O. SALAZAR BENÍTEZ, “La gestación subrogada convierte al ser humano en una mercancía”, *Diario Público*, de 4 de marzo de 2019 (<http://www.publico.es>); *id.*, *La gestación para otros: Una reflexión jurídico-constitucional sobre el conflicto entre deseos y derechos*, Dykinson, Madrid, 2018.

de alquiler”) suele estar sometida a cláusulas muy rigurosas. Considero que la expresión de “vientre de alquiler” es muy gráfica. El contrato o acuerdo de subrogación consiste en arrendar el cuerpo de la mujer gestante y, en la generalidad de los supuestos, la mujer que consiente en llevar a cabo la gestación suele estar en una situación de necesidad o penuria económica. De hecho, es sintomático que los civilistas discutan sobre si la concreta naturaleza jurídica del referido contrato responde, o bien, a un arrendamiento de servicios, o bien, a un arrendamiento de obra; pero, en todo caso, no dudan de que se trata de un arrendamiento. En mi opinión, es utópico pensar que la referida institución jurídica pueda ser altruista, ya que, en la generalidad de los supuestos, la pobreza es el motor de la gestación por subrogación.

**11.** Como consecuencia de lo anteriormente señalado, estimo que la institución de la gestación subrogada, al menos considerada en abstracto, vulnera derechos humanos fundamentales, en concreto, el derecho a la dignidad del ser humano (consagrado, junto con el derecho al libre desarrollo de la personalidad, por el art. 10.1 de nuestra Carta Magna), tanto la dignidad de la mujer gestante como la del niño/-a por ella gestado, considerando que ambos son objeto de mercantilización, de cosificación; así como el derecho de la persona, en concreto, de la madre gestacional, a la integridad física y moral (reconocido por el 15 de la Constitución española [“todos tienen derecho a la integridad física y moral, sin que, en ningún caso, puedan ser sometidos ... a tratos inhumanos o degradantes”]).

Desde este punto de vista, la postura de la Sala de lo Civil de nuestro TS, en la sentencia de 6 de febrero de 2014, es comprensible. No obstante, dado que el problema se planteaba en sede de eficacia extraterritorial de decisiones extranjeras, el TS debería de haber examinado si, en el supuesto concreto que se planteaba con motivo de la inscripción de la filiación en España de los “niños de California”, se producía tal vulneración; en lugar de hacer una valoración en abstracto de la vulneración de los referidos derechos humanos fundamentales por la institución de la gestación subrogada. Como sabemos, con base en la doctrina del efecto atenuado del orden público internacional y a las actuales tendencias de este expediente técnico en los sistemas estatales de Derecho internacional privado, en el ámbito de la eficacia extraterritorial de decisiones extranjeras, la vulneración o no de derechos humanos fundamentales en dicha sede ha de considerarse, no en abstracto, sino en el caso concreto.

#### **IV. Principio del interés superior del menor y gestación por subrogación**

**12.** Al margen de lo señalado, la doctrina y jurisprudencia se ha planteado si la gestación por subrogación atenta o no contra el principio del interés superior del menor, el cual ha sido consagrado, entre otros, por el art. 39 de nuestra Constitución [“protección a la familia y a la infancia”] y desarrollado por el art. 3 de la Convención de las Naciones Unidas de 1989 sobre los derechos del niño. Esta cuestión es muy discutible, ya que el concepto del interés superior del menor es difícil de definir debido a su extrema complejidad y heterogeneidad. Dicha heterogeneidad trae causa de englobar el referido principio o derecho fundamental, además de otros derechos como el derecho del niño a tener un nombre y apellido, a gozar de una identidad filial única, el derecho a la dignidad del niño, que a mi modo de ver es otra derivación esencial del aludido principio que obviamos al tratarlo como una mercancía. Ni siquiera existe una postura unánime, ni a nivel doctrinal ni jurisprudencial, sobre si la institución de la gestación subrogada viola o no la dignidad del niño. De hecho, en la sentencia de 6 de febrero de 2014, la Sala de lo Civil de nuestro TS ha considerado que la gestación subrogada viola su dignidad, mientras que para el TEDH ello no es así. En suma, el concepto del interés superior del menor es, además de heterogéneo, muy complejo y relativo. Ello justifica que se haya recurrido al principio del interés superior del menor tanto por los defensores de la práctica de la gestación subrogada<sup>20</sup> como por sus detractores (considerando estos últimos que la referida institución atenta contra tal principio).

**13.** Dicho principio del interés superior del menor también está presente, aunque juega en sentido inverso por no vulnerar dicho supuesto ninguno de los derechos humanos fundamentales aludidos,

<sup>20</sup> *Vid.*, muy especialmente, A.L. CALVO CARAVACA/J. CARRASCOSA GONZÁLEZ, *op. cit.*, 2018, pp. 340-341.

en la anteriormente mentada STS (Sala 1ª) de 15 de enero de 2014 (de reconocimiento de la filiación homoparental no matrimonial respecto de un menor concebido, por una pareja de hecho de mujeres, a través de la vía de técnicas de reproducción humana asistida).

**14.** En opinión del profesor Salazar Benítez, el Derecho debe tener una función protectora de quienes están en condiciones de mayor vulnerabilidad, y esta práctica puede resultar, y de hecho resulta en una buena parte de los supuestos, atentatoria contra la dignidad de la persona; por lo que es necesario, en aras de evitar la cosificación del ser humano (mujeres y niños/-as), poner límites a esa tendencia invasora de la lógica del mercado, a esa “gestación para otros” (como el mismo titula su monografía sobre la maternidad subrogada). En su opinión, ello justifica prohibirla en España, pero también no reconocerla.

Desde mi punto de vista, ello no es tan sencillo, ya que, como anteriormente hemos puesto de manifiesto, el orden público internacional, dentro del cual tienen cabida los derechos humanos fundamentales aludidos (entre otros, el derecho a la dignidad del ser humano y el derecho de la persona al respeto de su integridad física), no actúa con la misma intensidad en sede de Derecho aplicable que en el ámbito de la eficacia extraterritorial de decisiones extranjeras.

No obstante, a mi modo de ver, es necesario buscar instrumentos (sanciones penales incluso, como se ha hecho en determinados países cuyos ordenamientos jurídicos no admiten la gestación subrogada) tendentes a no incitar a las personas a celebrar acuerdos de subrogación en países en los cuales ello es legal; beneficiando con ello, claramente, a los que tienen los medios financieros necesarios para llevarlo a cabo y perjudicando al resto.

**15.** Hay que tener igualmente presente que ha de existir una coherencia valorativa o conciliación, en el seno de cada ordenamiento jurídico (no necesariamente estatal<sup>21</sup>), entre el Derecho privado interno de dicho ordenamiento jurídico y su sistema de Derecho internacional privado, que necesariamente ha de basarse en los mismos principios, valores e intereses que subyacen detrás del ordenamiento jurídico al cual pertenece (derecho a la dignidad de la persona, derecho al libre desarrollo de la personalidad, derecho de la persona a la integridad física y moral, principio del interés superior del menor, etc.). En suma, la función protectora del Derecho es predicable, igualmente, del Derecho internacional privado. A mi modo de ver, un poderoso instrumento para llevar a cabo la señalada función protectora del Derecho internacional privado, en la gestación subrogada, lo encontramos, en sede de eficacia extraterritorial de decisiones extranjeras, en el orden público internacional; y ello pese a reconocer que esta herramienta no actúa con la misma intensidad en sede de reconocimiento que en el ámbito del Derecho aplicable.

**16.** En íntima relación con lo señalado, por lo que se refiere a la jurisprudencia de nuestro TS, no considero que exista contradicción entre la polémica sentencia de la Sala de lo Civil de nuestro TS de 6 de febrero de 2014 y la jurisprudencia de la Sala de lo Social del TS (como, por ejemplo, la STS de 25 de octubre de 2016 y la STS de 16 de noviembre de 2016), que ha reconocido a los comitentes o padres intencionales la “prestación por maternidad” en casos de gestación por sustitución o maternidad subrogada<sup>22</sup>. De este modo, la Sala de lo Social de nuestro TS ha creado la denominada “prestación por maternidad subrogada”. A mi modo de ver, ello no supone una contradicción de nuestro TS, ya que las referidas sentencias de la Sala de lo Social del TS español, con base en el principio del interés superior del menor, reconocen en España, no la propia institución de la gestación subrogada, sino un efecto colateral o accesorio de la misma, como es la concesión de la baja maternal por maternidad subrogada a los comitentes o padres intencionales (“efecto atenuado” del orden público internacional).

Como es sabido, dicho “efecto atenuado” del orden público internacional, que no es novedoso, se ha admitido, por ejemplo, en los casos de matrimonios poligámicos, en lo que afecta al reparto de la pensión de viudedad entre las dos mujeres del finado, en aras de proteger a la parte débil de la relación jurídico-privada internacional, en concreto, a las mujeres víctimas de una cultura anclada en la supe-

<sup>21</sup> Piénsese, por ejemplo, en el principio de conciliación en el seno del ordenamiento jurídico de la UE.

<sup>22</sup> Por lo que a esta cuestión se refiere, *vid.*, muy especialmente, J.R. MERCADER UGUINA, “La creación por el Tribunal Supremo de la prestación por maternidad subrogada: a propósito de las SSTs de 25 de octubre de 2016 y de 16 de noviembre de 2016”, *Cuadernos de Derecho Transnacional*, 2017, vol. 9, núm. 1, pp. 454-467.

rioridad del varón sobre la mujer, en concreto, de un matrimonio poligámico (lo cual en modo alguno implica que se haya admitido la susodicha institución en el seno del ordenamiento jurídico español) y, en nuestro caso, al menor que ha sido objeto de la gestación subrogada.

Una cosa es admitir el reconocimiento en España de la filiación de los nacidos en el extranjero mediante gestación subrogada, con lo cual se puede o no estar de acuerdo, y otra cuestión bien distinta es admitir en nuestro país, a los comitentes o padres intencionales, un “efecto accesorio” (colateral) de la institución, como es la “prestación por maternidad (subrogada)”, cuya admisión redundaría en última instancia en beneficio del menor. No creemos que ello implique, ni la admisión de la institución en el ordenamiento jurídico español, ni tampoco permitir, por la puerta de atrás, el reconocimiento en España de la filiación de los nacidos en el extranjero mediante gestación por sustitución (como tampoco se ha hecho con la figura del matrimonio poligámico), sino únicamente el reconocimiento de un efecto colateral de la institución que beneficia a la parte débil.

## V. Derecho a ser padres *versus* deseo de ser padres: alcance del denominado *ius nubendi*

17. La valoración de la institución de la gestación subrogada depende igualmente de si consideramos que existe un “derecho a ser padres” o un “deseo de ser padres”. La polémica Proposición de Ley reguladora del derecho a la gestación por subrogación, presentada al Congreso por el Grupo Parlamentario Ciudadanos<sup>23</sup>, reconoce un “derecho a la paternidad” y a la gestación por subrogación. El debate planteado por dicha Proposición de Ley se ha reavivado, en los últimos tiempos, con motivo del actual e incierto panorama político.

18. En diversos ámbitos se ha hablado del denominado *ius nubendi* como el derecho de una persona a casarse y a fundar una familia<sup>24</sup>. Como es sabido, dicho derecho fundamental aparece reconocido por la normativa internacional de derechos humanos: art. 16.1 de la Declaración Universal de los Derechos Humanos, de 10 de diciembre de 1948; art. 12 del Convenio europeo para la protección de los derechos humanos y las libertades fundamentales, hecho en Roma el 4 de noviembre de 1950 (en lo sucesivo, CEDH); etc. A mi modo de ver, el concreto alcance del referido derecho fundamental es decisivo a los efectos del debate planteado por la gestación por subrogación.

19. En mi opinión, no existe un “derecho a ser padres a toda costa y caiga quien caiga”. Coincido con el profesor O. Salazar Benítez en que el Estado no puede garantizar dicho derecho por no existir el “derecho a la procreación” o el “derecho a ser padres”, sino un mero “deseo de ser padres”, esto es, se trata, no de un derecho, sino de un “deseo o proyecto personal”<sup>25</sup> que el Estado no puede limitar de un modo infundado. Es muy discutible el derecho a tener un hijo en una institución que afecta a un tercero. Tener un hijo, más que un derecho, es una libertad de decisión sobre tener hijos; siempre y cuando dicha opción de concebir o no un hijo no vulnere derechos humanos fundamentales de terceras personas, como ha considerado el TS que ocurre en la polémica sentencia, anteriormente referida, de 6 de febrero de 2014 sobre reconocimiento de la filiación emanada de una gestación por subrogación; y que no es el caso en la sentencia de 15 de enero de 2014 sobre reconocimiento de la filiación homoparental no matrimonial. Considero que el supuesto fáctico al cual hace alusión esta última sentencia suponía claramente una limitación injustificada al *ius nubendi*, basada en una discriminación a parejas formadas por personas del mismo sexo, que la Sala de lo Civil de nuestro TS ha corregido recurriendo a la figura jurídica de la posesión de estado.

<sup>23</sup> *Boletín Oficial de las Cortes Generales*, Congreso de los Diputados, XII Legislatura, Serie B: Proposiciones de Ley, 8 de septiembre de 2017, núm. 145-1, pp. 1-12.

<sup>24</sup> En relación con el contenido del susodicho derecho humano fundamental, *vid.*, muy especialmente, M. AGUILAR BENÍTEZ DE LUGO, “Ius nubendi y orden público matrimonial”, *Boletín de Información del Ministerio de Justicia*, de 1 de febrero de 2000, núm. 1862, pp. 425-447.

<sup>25</sup> *Diario Público*, de 4 de marzo de 2019.



**20.** A mi modo de ver, el denominado *ius nubendi* no hace referencia al “derecho a la paternidad”, sino que implica que no existan limitaciones injustificadas, impuestas por el Estado, a la voluntad de las personas de casarse y de procrear: por ejemplo, por razones de orientación sexual, prohibiendo el matrimonio entre personas del mismo sexo, o exigiendo más requisitos, para establecer la filiación, a las parejas de mujeres que a las parejas heterosexuales (art. 7.3 de la Ley 14/2006), o condicionando a una pareja de mujeres la inscripción de su hijo en el Registro civil a la presentación del certificado de la clínica de esterilidad<sup>26</sup>; o por razones demográficas, no permitiendo, por ejemplo, que las personas puedan tener más de un hijo; o por razones morales, por ejemplo, permitiendo a la mujer recurrir solamente a las técnicas de reproducción asistida como una mera alternativa a la esterilidad, como ocurría antes de la Ley 35/1988, de 22 de noviembre, sobre técnicas de reproducción asistida. El Estado no debe coartar dicho derecho de las personas; pero no puede garantizarlo a costa de vulnerar derechos humanos fundamentales (derecho a la dignidad de la persona, derecho de la persona a la integridad física y moral, etc.). Considero que el llamado *ius nubendi* sirve para impedir la vulneración de principios y derechos fundamentales (para permitir el matrimonio entre personas del mismo sexo [lo cual no se ha conseguido en numerosos países, incluso en algunos países occidentales como, por ejemplo, en Italia] o a una mujer musulmana contraer matrimonio con un varón no musulmán [lo cual está prohibido por algunos ordenamientos jurídicos islámicos], etc.); pero no para conseguir el efecto contrario, esto es, no para justificar la gestación por subrogación, institución en la cual están implicadas otras personas cuyos derechos fundamentales pueden resultar vulnerados (madre gestacional y niño afectado por el acuerdo de subrogación). De hecho, en las instituciones en las cuales se ha alegado el *ius nubendi* o *ius connubii* (algunas procedentes de ordenamientos jurídicos islámicos), ha sido para conseguir que no se vulnerasen derechos humanos fundamentales (como el derecho de no discriminación, entre otros); en ningún caso el *ius nubendi* ha servido para justificar un atentado a derechos fundamentales de terceras personas.

**21.** Al margen de lo señalado, el pretendido “derecho a la paternidad”, o “derecho a ser padres”, no sintoniza bien con la tesis moderna en relación con la familia, la cual, a diferencia de lo que acontece con la tesis clásica, no está ligada a la procreación, siendo su función, como anteriormente señalamos, potenciar la realización de los derechos fundamentales de los particulares.

**22.** En mi opinión, como anteriormente he puesto de manifiesto, en sintonía con lo señalado en este apartado, sí que se estaría vulnerando el *ius nubendi*, en el supuesto contemplado por la sentencia del TS (Sala 1ª) de 15 de enero de 2014, de no haberse reconocido la filiación homoparental no matrimonial que se solicitaba, ya que el supuesto contemplado parte de una discriminación que la sentencia trata de corregir por medio de la institución de la posesión de estado: el reconocimiento de la filiación, a la mujer no sometida a la técnica de reproducción asistida, con respecto al hijo nacido de la aplicación de la misma a la mujer con la cual formaba pareja; y ello, a mi juicio, en aras del principio del interés superior del menor, del principio de no discriminación por orientación sexual y del derecho que toda persona tiene al respeto de su vida privada y familiar (al que a continuación haremos referencia). Como puede observarse, los derechos humanos fundamentales son los mismos, en las dos sentencias referidas de la Sala de lo Civil del TS, pero éstos juegan en distinta dirección por la diversidad de intereses implicados. *De facto*, tal como ha señalado el profesor J. Flores Rodríguez al hacer referencia a esta última sentencia, la antecesora de la Ley 14/2006 tuvo el acierto de considerar las técnicas de reproducción humana asistida, no como una mera alternativa a la esterilidad (como anteriormente se estimaba), sino como un derecho de la mujer a fundar su propia familia; eliminando, de este modo, una importante limitación a su voluntad de procrear y a la posibilidad de constituir la “forma de familia que considere libre y responsablemente”<sup>27</sup>.

**23.** En suma, a mi modo de ver, el llamado *ius nubendi* ha de concebirse, no como un “derecho a la procreación” o “derecho a ser padres”, sino como un derecho de las personas a fundar la “forma de familia que considere libre y responsablemente”, sin que existan limitaciones injustificadas a su volun-

<sup>26</sup> Caso de un Registro civil de Alicante (Denia), el cual ha suscitado una viva polémica en los medios de comunicación: eldiario.es, de 11 de abril de 2019.

<sup>27</sup> J. FLORES RODRÍGUEZ, *loc. cit.*, 2014, pp. 543-544.

tad de casarse y de procrear (como, por ejemplo, las basadas en la orientación sexual, en la sentencia aludida). Una cuestión diferente son las limitaciones fundamentadas en la vulneración de derechos fundamentales de terceras personas, como acontece, a mi juicio, en la gestación por subrogación. De este modo, el *ius nubendi* y el derecho al libre desarrollo de la personalidad (proclamado este último por el art. 10 de la Constitución española) impiden al Estado inmiscuirse en la opción o derecho de concebir o no un hijo, ni imponiéndola ni prohibiéndola, debiendo respetar la libertad de decisión de cada ciudadano; siempre y cuando dicha opción o decisión no vulnere derechos fundamentales de terceras personas.

## VI. Implicaciones del derecho a la vida privada y familiar en la problemática objeto de análisis

24. Tal como proclama el apartado 1º del art. 8 del CEDH, que late detrás de las sentencias del TEDH a las que hicimos alusión en el apartado I del presente trabajo, “toda persona tiene derecho al respeto de su vida privada y familiar (...)”; y tal como determina el apartado 2º del referido precepto, sin que pueda “haber injerencia de la autoridad pública en el ejercicio de este derecho”. Sin embargo, hay restricciones o limitaciones al ejercicio del derecho a la vida privada y familiar. De hecho, la injerencia de la autoridad pública, en el ejercicio del señalado derecho de una persona, está permitida en determinados supuestos aludidos en el art. 8.2 del CEDH: “en tanto en cuanto esta injerencia esté prevista por la ley y constituya una medida que, en una sociedad democrática, sea necesaria para la seguridad nacional, la seguridad pública, el bienestar económico del país, la defensa del orden y la prevención del delito, la protección de la salud o de la moral, o la protección de los derechos y las libertades de los demás”.

25. Desde mi punto de vista, en el apartado 2º del art. 8 del CEDH está la clave para entender cómo el derecho a la vida privada y familiar está limitado cuando lo que se plantea es admitir una institución como la gestación por subrogación en el ordenamiento jurídico español. De este modo, considero que la injerencia de la autoridad pública, en el ejercicio del derecho a la vida privada y familiar, proclamado por el apartado 1º del art. 8 del CEDH, está justificada, en los casos de gestación por subrogación, en tanto en cuanto esta injerencia está “prevista por la ley” (en nuestro caso, la injerencia aparece impuesta por el art. 10.2 de la Ley 14/2006 sobre técnicas de reproducción humana asistida) y constituye una medida necesaria, en una sociedad democrática, para la “seguridad nacional, la seguridad pública, (...), la defensa del orden y la prevención del delito, la protección de la salud (de la mujer gestante, en nuestro caso) o de la moral, o la protección de los derechos y las libertades de los demás” (en nuestro caso, tanto de la mujer gestante como del niño por ella gestado).

26. Sin embargo, tales limitaciones no existen en el caso contemplado por la STS (Sala 1ª) de 15 de enero de 2014 a la que anteriormente hicimos referencia. Es más, en el supuesto al que hace alusión la señalada sentencia, el derecho que toda persona tiene al respeto de su vida privada y familiar juega claramente a favor del reconocimiento de la filiación homoparental no matrimonial solicitada por la mujer que no había dado a luz.

27. En relación con los supuestos de reconocimiento de la filiación de un niño nacido en el extranjero a través de la técnica de la gestación por subrogación, consideramos que la vulneración del derecho a la vida privada y familiar habrá de analizarse por la jurisprudencia (ya sea del TS o del TEDH) caso por caso, valorando las concretas circunstancias concurrentes en el supuesto concreto; lo cual está en consonancia con la atenuación o flexibilización que caracteriza, actualmente, a la cláusula de orden público internacional.

## VII. Implicaciones del derecho a la no discriminación por orientación sexual en la problemática objeto de estudio

28. En ciertos ámbitos, tanto sociales como académicos, se ha señalado que la no admisión de la institución de la gestación por subrogación implica una vulneración del principio o derecho a la no dis-

crimación del colectivo LGTBI, alegando para ello que es la única forma de constitución de familias para el colectivo homosexual masculino, ya que la adopción internacional, salvo en muy pocos países, no es una opción para el referido colectivo<sup>28</sup>.

No obstante, teniendo en cuenta el coste medio de una gestación subrogada (que, como anteriormente señalamos, ronda sobre unos 120.000 euros [aunque la cuantía puede verse alterada considerablemente de un país a otro]), ello afecta a un sector muy reducido del colectivo LGTBI, al igual que también afecta a una parte muy reducida del colectivo heterosexual, ya que únicamente pueden recurrir a la susodicha institución los gais, lesbianas y heterosexuales con un nivel económico y estatus muy elevado. *De facto*, hay Asociaciones LGTBI que no han querido tomar partido sobre la maternidad subrogada debido a los derechos humanos fundamentales que se ven afectados por la señalada institución. Evidentemente, no se puede admitir una institución como la maternidad subrogada, que daña principios y derechos fundamentales, únicamente para el colectivo LGTBI. A mi modo de ver, en aras del derecho a la no discriminación por orientación sexual, han de modificarse las normas de adopción internacional, eliminando los obstáculos que tiene el colectivo LGTBI para acceder a la adopción internacional. No obstante, mientras que no se consiga eliminar las limitaciones que les afectan en todos los países con los que se tienen suscritos Convenios de adopción internacional, a modo de discriminación positiva (como acontece en ciertos supuestos con las mujeres), se les puede dar prioridad para adoptar en los países que no impongan impedimentos al colectivo LGTBI.

**29.** En cualquier caso, en la mayoría de las ocasiones no se trata de parejas de gais. Como anteriormente puse de manifiesto, caben muchas opciones en la gestación por subrogación, ya que los comitentes o padres intencionales pueden ser sujetos individuales o una pareja, matrimonial o no, del mismo o de distinto sexo. De hecho, en muchos países que admiten la gestación por subrogación, se prohíbe el acceso a la gestación subrogada a las parejas de homosexuales. Tal es el caso, por ejemplo, de Ucrania (país en el cual dicha técnica se admite únicamente a las parejas heterosexuales casadas) y de Rusia (país en el cual sólo se admite la gestación subrogada a las parejas heterosexuales y a las mujeres solteras).

**30.** A diferencia de lo que acontece en la sentencia de la Sala de lo Civil de nuestro TS de 6 de febrero de 2014, en el supuesto contemplado por la sentencia de 15 de enero de 2014 nos encontramos ante un supuesto en el cual se ha vulnerado el principio de no discriminación por orientación sexual, ya que de haberse tratado de una pareja heterosexual, matrimonial o no, ningún miembro de la pareja se hubiese visto privado de la filiación del hijo nacido a través de una técnica de reproducción humana asistida. La aludida sentencia trata de corregir una discriminación, ya que, en el caso de una pareja de mujeres, la filiación, respecto del nacido a través de una técnica de reproducción asistida, sólo puede determinarse a favor de la mujer, que no da a luz, cuando es su cónyuge y ha prestado su consentimiento previo al parto (art. 7.3 de la Ley 14/2006 sobre técnicas de reproducción humana asistida). Ello implica una discriminación con respecto a la pareja de hecho de mujeres. Además, en épocas pasadas, la discriminación era incluso mayor, ya que, en las parejas de mujeres, la mujer que no daba a luz estaba privada, de un modo automático, de cualquier vínculo de filiación.

### VIII. A modo de conclusiones

**31.** A mi modo de ver, los países que admiten la gestación subrogada suelen ser países, o bien, basados en un modelo económico muy liberal (Reino Unido, Escocia, California, Virginia, etc.), o bien, en los cuales impera la pobreza o necesidad económica sobre la necesidad de respetar los derechos humanos fundamentales (como es el caso, por ejemplo, de Grecia y de Ucrania [la cual ha sido considerada como el útero de España y, en general, de Europa]). No es casualidad que Ucrania haya sido considerada, por el Fondo Monetario Internacional, como el país más pobre de Europa. De hecho, en los países europeos en los cuales se otorga el debido valor al respeto de los derechos humanos fundamentales y

<sup>28</sup> *Vid.*, por todos, O. SALAZAR BENÍTEZ, *loc. cit.*, 2019.

éstos subyacen al conjunto del ordenamiento jurídico estatal, el contrato o acuerdo de subrogación no es legal, es decir, es nulo de pleno derecho (tal es el caso, por ejemplo, de España, de Suecia, de Francia y de Alemania). *De facto*, al menos hasta el momento, ésta es la tendencia en la mayor parte de los países europeos. En mi opinión, ello está en sintonía con el hecho de que sus Constituciones estatales (que se encuentran en la cúspide de sus respectivos ordenamientos jurídicos) consagran principios y derechos humanos fundamentales desarrollados por la normativa internacional de derechos humanos, entre los que destacan el principio del interés superior del menor, el derecho a la dignidad de la persona, así como el derecho de la persona a la integridad física y moral.

**32.** El problema es que es sencillo defraudar dicho sistema trasladándose a países cuya legislación admite la gestación por sustitución para contratar a la “madre gestacional” y, tras el nacimiento del hijo/-a, los comitentes o padres intencionales regresan a España (o al país en el cual la gestación por subrogación no es legal) con el menor y con una documentación oficial extranjera, ya sea registral o judicial, en la que consta el menor como hijo/-a de los comitentes o padres intencionales. Este “fraude a la ley” española (o de países en los cuales el acuerdo de subrogación es nulo de pleno derecho), en sede de reconocimiento, beneficia claramente a los más pudientes, que no dudan en trasladarse a “paraísos uterinos” (como Ucrania) para cumplir su deseo o proyecto personal (“deseo de ser padres”), que ellos consideran, de un modo erróneo a mi juicio, como un “derecho a ser padres”. En cualquier caso, es preciso reconocer que el orden público internacional no actúa con la misma intensidad en sede de reconocimiento de las decisiones extranjeras, terreno en el cual la vulneración del orden público internacional ha de enjuiciarse, no de un modo rígido y automático, sino de una manera flexible y atenuada, observando detenidamente en cada caso concreto si se produce o no la vulneración de alguno de los aludidos derechos humanos fundamentales; lo cual hubiese sido necesario acometer en la polémica sentencia de la Sala de lo Social de nuestro TS de 6 de febrero de 2014.

**33.** Sin embargo, la sentencia de la Sala de lo Civil de nuestro TS de 15 de enero de 2014 no se mueve en el referido terreno, ya que se trata de una situación privada meramente interna. No obstante, los derechos humanos fundamentales implicados en el supuesto al cual se refiere tal sentencia son parcialmente coincidentes con los que subyacen detrás de la institución de la gestación por subrogación. La sentencia del TS, de 15 de enero de 2014, reconoce la filiación homoparental no matrimonial solicitada, y ello en aras del principio del interés superior del menor, del principio de no discriminación por orientación sexual, del derecho que toda persona tiene al respeto de su vida privada y familiar, y de evitar la vulneración del *ius nubendi*; ya que en el supuesto contemplado por dicha sentencia no se atenta contra el derecho a la dignidad de la persona ni contra el derecho de la persona a la integridad física y moral; a diferencia de lo que acontece en la sentencia del TS de 6 de febrero de 2014, en la que es comprensible estimar que sí se produce tal vulneración.

Ello justifica que el resultado de ambas sentencias de la Sala de lo Civil de nuestro TS sea opuesto, sin que ello conlleve una contradicción valorativa.

# A GESTAÇÃO DE SUBSTITUIÇÃO E O DIREITO INTERNACIONAL PRIVADO. A REALIDADE PORTUGUESA

## SURROGACY AND THE CONFLICT OF LAWS. A PORTUGUESE PERSPECTIVE

ELSA DIAS OLIVEIRA

*Professora Auxiliar da Faculdade de Direito*

*Universidade de Lisboa*

ORCID ID: 0000-0001-6584-5096

Recibido: 27.05.2019 / Aceptado: 20.06.2019

DOI: <https://doi.org/10.20318/cdt.2019.4949>

**Resumo:** A gestação de substituição tem sido regulada nos diversos ordenamentos jurídicos de modo distinto. Esta diversidade tem como uma das suas consequências que aqueles que pretendem recorrer à gestação de substituição se desloquem aos países onde esta é permitida e retornem, depois, já com a criança nascida na sequência deste processo, aos seus países de residência habitual. As autoridades competentes destes países são, depois, confrontadas com dificuldades que resultam de pedidos de estabelecimento filiação e para as quais as suas leis internas dificilmente apresentam respostas pensadas para esta realidade.

É face a este contexto que se apresenta o presente artigo, em que se visa refletir sobre a realidade jurídica portuguesa acerca da gestação de substituição nos casos que revelem contactos relevantes com mais do que um ordenamento jurídico.

**Palavras-chave:** gestação de substituição, filiação, lei aplicável, reconhecimento de situações constituídas no estrangeiro.

**Abstract:** Surrogacy laws vary from jurisdiction to jurisdiction. Because of this variety, people living in countries that do not allow surrogacy start surrogacy processes abroad – in a country that allows it – and then return home with the born child. The authorities of the home country can then be asked to establish the child’s affiliation, but their laws, in many cases, do not rule or do not allow surrogacy. In this article we analyze the Portuguese laws on this subject and the possible answers that can be given to rule cross-board surrogacy.

**Keywords:** surrogacy, parentage, applicable law, cross-border recognition.

**Sumário:** I. Introdução. II. Relevância do foro competente. III. O regime material português. IV. Situações privadas internacionais. V. Conclusão.

---

\*Este artigo foi escrito tendo como base a comunicação apresentada no V Congresso Internacional de Direito Internacional Privado, “Gestación subrogada”, que teve lugar nos dias 25 e 26 de abril de 2019, na Universidade Carlos III, em Madrid. Faculdade de Direito da Universidade de Lisboa, Alameda da Universidade, Cidade Universitária, 1649-014 Lisboa.

## I. Introdução

1. A gestação de substituição coloca, no âmbito do Direito Internacional Privado, algumas questões atuais, importantes e difíceis de resolver.

Na verdade, os diversos ordenamentos jurídicos não regulam as questões associadas à gestação de substituição de modo igual. Identificam-se ordenamentos jurídicos claramente favoráveis à gestação de substituição<sup>1</sup> e outros que são avessos<sup>2</sup> e outros ainda que não regulam expressamente esta situação podendo, todavia, revelar-se mais ou menos tolerantes no que respeita ao reconhecimento das situações constituídas no estrangeiro<sup>3</sup>.

Havendo divergências muito significativas nesta matéria entre os vários ordenamentos jurídicos, aqueles que pretendem ser pais recorrem, em alguns casos, à gestação de substituição nos países que a admitem, regressando, depois, já com a criança nascida por via deste processo, ao país da sua residência habitual. Se esta se localizar num país onde a gestação de substituição não é admitida e em que o contrato de gestação de substituição é inválido, a constituição ou o reconhecimento da filiação da criança relativamente aos pais beneficiários, aqui entendidos como aqueles que dão início ao processo pretendendo ficar indicados como pais da criança que vier a nascer, pode ser uma dificuldade. Dificuldade esta que já foi por diversas vezes apreciada por tribunais de diversos Estados, bem como pelo Tribunal Europeu dos Direitos do Homem<sup>4</sup>.

Esta realidade assume especial relevância porque envolve valores e princípios jurídicos estruturantes de vários ordenamentos jurídicos. Entre outros, estão em causa a dignidade da pessoa humana, o superior interesse da criança, a liberdade de escolha, o direito ao desenvolvimento pessoal.

2. Há uma multiplicidade de questões que, no âmbito do Direito Internacional Privado, se podem suscitar no que respeita à gestação de substituição. Por exemplo, podem identificar-se situações em que o registo da criança é feito no estrangeiro e depois é pedido que os atos de registo aí lavrados pelas entidades estrangeiras competentes ingressem no Registo Civil português. De um modo distinto, a situação poderá ser a do nascimento de uma criança no estrangeiro e solicitação às autoridades portuguesas do registo da criança. Podem ainda ocorrer situações em que, por alguma razão, se discute em tribunais portugueses a filiação da criança. Esta discussão pode resultar de uma impugnação do próprio registo que foi feito. Noutras situações ainda, pode ser pedido o reconhecimento de decisões judiciais estrangeiras proferidas no âmbito da determinação da filiação das crianças nascidas por recurso a gestação de substituição.

Acresce ainda que se podem identificar diferentes possíveis situações de gestação de substituição: casos em que o ovócito é proveniente da mulher beneficiária, da mulher que suporta a gravidez ou de uma terceira mulher; casos em que os espermatozoides são provenientes do homem beneficiário ou de um terceiro dador; casos em que o embrião implantado no útero da mulher gestante resulta do material genético do casal beneficiário; casos em que há ou não contrapartidas patrimoniais para a mulher que suporta a gravidez, etc.<sup>5</sup>. Em cada ordenamento jurídico estarão especificados os pressupostos que devem estar verificados para se admitir estar-se perante uma gestação de substituição.

<sup>1</sup> É o caso, v.g., da Grécia, da Ucrânia, de alguns Estados dos Estados Unidos da América.

<sup>2</sup> Verifica-se, v.g., na realidade jurídica alemã, espanhola, italiana.

<sup>3</sup> Veja-se, para uma análise de Direito Comparado, DIOGO LEONARDO MACHADO DE MELO, *Gestação de substituição*, Editora IASP, São Paulo, 2017, p. 94 ss.; MARIA MARGARIDA SILVA PEREIRA, “Uma gestação inconstitucional: o descaminho da Lei da Gestação de Substituição”, *Julgar online*, janeiro de 2017, p. 1-25, disponível em <http://julgar.pt/wp-content/uploads/2017/01/20170127-ARTIGO-JULGAR-Lei-da-Gesta%C3%A7%C3%A3o-de-Substitui%C3%A7%C3%A3o-Maria-Margarida-Silva-Pereira.pdf>, p. 5, notas 4 e 5; DÁRIO MOURA VICENTE, “Maternidade de substituição e reconhecimento internacional”, *Direito Internacional Privado, Ensaios*, vol. IV, Almedina, Coimbra, 2018, p. 43-62, p. 45 ss.; JORGE DUARTE PINHEIRO, *O Direito da Família Contemporâneo*, 6.ª Edição, AAFDL Editora, Lisboa, 2018, p. 182 ss.; MARIA MARGARIDA SILVA PEREIRA, *Direito da Família*, 2.ª Edição, AAFDL Editora, 2018, p. 818 ss.; GUILHERME DE OLIVEIRA, *Estabelecimento da filiação*, Petrony Editora, 2019, p. 239. Veja-se também Acórdão do Tribunal Constitucional n.º 225/2018, Processo 95/17, publicado no D.R., 1.ª série, n.º 87, de 7 de maio de 2018.

<sup>4</sup> Veja-se, v.g., caso *Paradiso and Campanelli v. Italy*, de 24 de janeiro de 2017; caso *Menesson v. France*, de 26 de junho de 2014; caso *Labassee v. France*, de 26 de junho de 2014, estando estes e outros casos disponíveis em <https://www.echr.coe.int>.

<sup>5</sup> Veja-se, a este respeito, JORGE DUARTE PINHEIRO, *O Direito da Família Contemporâneo*, cit., p. 180 ss.; MARIA MARGARIDA SILVA PEREIRA, *Direito da Família*, cit., p. 805 ss.

Este é apenas um elenco muito simplista de possíveis situações que podem surgir, embora outras com cambiantes mais ou menos originais facilmente possam ser suscitadas.

## II. Relevância do foro competente

3. Uma questão importante é, desde logo, a determinação do foro competente. Na verdade, os diversos ordenamentos jurídicos, para além de terem regimes materiais distintos, têm também normas de conflitos que regulam as situações relacionadas com a gestão de substituição de modo diferente. Deste modo, a lei material designada competente variará consoante a redação da própria norma de conflitos.

Noutros casos, está em causa o reconhecimento no Estado do foro de situações constituídas em outros ordenamentos jurídicos. Também aqui, as próprias normas que regulam este reconhecimento poderão variar consoante o Estado do foro onde a situação estiver a ser apreciada.

4. Atualmente, identifica-se já um grupo de trabalho, no âmbito da Conferência da Haia, que tem desenvolvido a sua atividade com vista à redação de um instrumento de Direito Internacional Privado acerca do reconhecimento de decisões judiciais estrangeiras sobre a filiação legal, bem como de um protocolo separado sobre o reconhecimento das decisões estrangeiras sobre a filiação legal resultante de acordos para a gestão de substituição em contacto com mais do que um ordenamento jurídico<sup>6</sup>.

Já em 2001, no âmbito de uma consulta informal com vista ao futuro programa da Convenção da Haia sobre Direito Internacional Privado, foi suscitada, como tema a desenvolver, a situação do estatuto das crianças no Direito Internacional Privado, em particular o reconhecimento das relações entre pais e filhos. Foi apenas em 2010 que o Conselho de Assuntos Gerais e Políticos (*Council on General Affairs and Policy*) acordou que as questões de Direito Internacional Privado relacionadas com a gestão de substituição deviam ser objeto de observação pela Secretaria Permanente (*Permanent Bureau*). Em março de 2011, esta Secretaria elaborou um documento sobre as questões de Direito Internacional Privado respeitantes ao estatuto das crianças, incluindo as que resultam dos acordos de gestão de substituição internacionais<sup>7</sup>.

Da reunião realizada entre 28 de janeiro e 1 de fevereiro de 2019, resultou, designadamente, que a maioria dos participantes recomendou que os futuros trabalhos incidissem no desenvolvimento de um instrumento geral de Direito Internacional Privado sobre o reconhecimento de decisões judiciais estrangeiras sobre a filiação legal e de um protocolo separado acerca do reconhecimento de decisões judiciais estrangeiras sobre a filiação legal resultante de acordos de gestão de substituição internacionais. Foi ainda recomendado que fossem desenvolvidos estudos futuros sobre os métodos que pudessem melhorar a atratividade e efetividade destes instrumentos, como pode ser o caso da adoção de regras uniformes de conflitos de leis para determinar a filiação legal ou o reconhecimento internacional da filiação estabelecida *ex lege* ou na sequência do ato de um indivíduo<sup>8</sup>.

Todavia, advinha-se que o desenvolvimento destes trabalhos não será tarefa fácil atendendo a que os problemas que a gestão de substituição suscita são eticamente muito sensíveis, indo ao cerne dos valores subjacentes a cada sociedade e variam muito entre estas.

## III. O regime material português

5. Às questões relativas à gestão de substituição em contacto com mais do que um Estado, discutidas perante tribunais ou outras entidades portuguesas, serão aplicadas as normas em vigor no ordenamento jurídico português que regulam as situações plurilocalizadas.

<sup>6</sup> Veja-se, a respeito destes trabalhos e da sua evolução, <https://www.hcch.net/pt/projects/legislative-projects/parentage-surrogacy>.

<sup>7</sup> Disponível em <https://assets.hcch.net/docs/f5991e3e-0f8b-430c-b030-ca93c8ef1c0a.pdf>.

<sup>8</sup> Veja-se documento disponível em <https://assets.hcch.net/docs/55032fc1-bec1-476b-8933-865d6ce106c2.pdf>.

Para uma melhor compreensão da situação da gestação de substituição no âmbito do Direito Internacional Privado, importa ter presente a realidade jurídica no plano do Direito material no ordenamento jurídico português.

Em termos muito sintéticos, pode ser dito que se verifica que a utilização de técnicas de procriação medicamente assistida (PMA) foi regulada pela Lei n.º 32/2006, de 26 de julho. Nesta lei se determinou, nos termos do seu art. 8.º, n.º 1, que “[s]ão nulos os negócios jurídicos, gratuitos ou onerosos, de maternidade de substituição”. No seu n.º 2, esclareceu-se que se entende por “(...) “maternidade de substituição” qualquer situação em que a mulher se disponha a suportar uma gravidez por conta de outrem e a entregar a criança após o parto, renunciando aos poderes e deveres próprios da maternidade”. Mais se elucidou, no seu n.º 3, que, para todos os efeitos legais, é havida como mãe da criança que vier a nascer a mulher que suportar a gravidez de substituição de outrem<sup>9</sup>.

Esta lei foi posteriormente alterada, pelas Leis n.º 59/2007, de 4 de setembro, n.º 17/2016, de 20 de junho, n.º 25/2016, de 22 de agosto, n.º 58/2017, de 25 de julho e n.º 49/2018, de 14 de agosto.

De acordo com a versão dada pela Lei n.º 25/2016, de 22 de agosto, foi alterada a terminologia adotada na lei, passando o legislador a referir-se a gestação de substituição ao invés de maternidade de substituição. Também de acordo com a versão dada por esta lei, o art. 8.º passou a ter uma nova redação, admitindo-se, no seu n.º 2, a celebração de negócios de gestação de substituição a título excepcional e com natureza gratuita, nos casos de ausência de útero, de lesão ou de doença deste órgão que impeça de forma absoluta e definitiva a gravidez da mulher ou em situações clínicas que o justifiquem. Mais se determinou, no seu n.º 3, que “[a] gestação de substituição só pode ser autorizada através de uma técnica de procriação medicamente assistida com recurso aos gametas de, pelo menos, um dos respetivos beneficiários, não podendo a gestante de substituição, em caso algum, ser a dadora de qualquer ovócito usado no concreto procedimento em que é participante”. Especialmente relevante, no âmbito do tema ora em análise é o seu n.º 7, de acordo com o qual, “[a] criança que nascer através do recurso à gestação de substituição é tida como filha dos respetivos beneficiários”.

Estas disposições da Lei n.º 25/2016, de 22 de agosto, foram objeto de apreciação, juntamente com outras, pelo Tribunal Constitucional Português que, no seu acórdão n.º 225/2018 de 24 de abril de 2018<sup>10</sup>, as declarou inconstitucionais.

No que respeita aos efeitos desta declaração de inconstitucionalidade, importa ter presente que, nos termos do art. 282.º, n.º 1, da Constituição da República Portuguesa (CRP), a declaração de inconstitucionalidade com força obrigatória geral determina a repristinação das normas que ela tenha revogado<sup>11</sup>. Assim, tendo sido declaradas inconstitucionais as referidas regras previstas na Lei n.º 25/2016, voltou a vigorar o art. 8.º da Lei n.º 32/2006 na sua redação original, que foi repristinado<sup>12</sup>.

Esta redação da lei de 2006 é ainda consonante com o disposto no art. 1796.º, n.º 1, CC (Código Civil), que determina que “[r]elativamente à mãe, a filiação resulta do facto do nascimento (...)”, plasmando-se como regra geral que é mãe a mulher que dá à luz a criança<sup>13</sup>. Neste contexto, para se considerar como mãe da criança uma outra mulher que não gestante, é necessária lei especial que determine nesse sentido.

A repristinação do disposto no art. 8.º, n.º 3, da Lei n.º 32/2006, que determina ser havida como mãe a mulher que suporta a gravidez, tem suscitado debate, em especial nos casos em que a gestação de substituição é feita inteiramente com o material genético do casal que se pretende beneficiário e deu início ao processo de gestação<sup>14</sup>.

<sup>9</sup> Acerca deste regime, vide DIOGO LEITE DE CAMPOS/MÓNICA MARTINEZ DE CAMPOS, *Lições de Direito da Família*, 3.ª Edição, Almedina, Coimbra, 2016, p. 376 ss.

<sup>10</sup> *Vide supra*, nota 4, p. 1885 ss.

<sup>11</sup> JORGE MIRANDA/RUI MEDEIROS, *Constituição da República Portuguesa anotada*, Tomo III, Coimbra Editora, Coimbra, 2007, p. 823 ss.; JORGE MIRANDA, *Fiscalização da constitucionalidade*, Almedina, Coimbra, 2017, p. 329 ss.; JOSÉ DE MELO ALEXANDRINO, *Lições de Direito Constitucional*, vol. II, 3.ª Edição, AAFDL Editora, 2018, p. 283.

<sup>12</sup> JORGE DUARTE PINHEIRO, *O Direito da Família Contemporâneo*, cit., p. 189.

<sup>13</sup> A este respeito, vide MAFALDA MIRANDA BARBOSA, “Entre a instrumentalização da mulher e a coisificação do filho”, *BF-DUC*, 1/2018, p. 239-307, p. 243; GUILHERME DE OLIVEIRA, *Estabelecimento da filiação*, cit., p. 239.

<sup>14</sup> JORGE DUARTE PINHEIRO, *O Direito da Família Contemporâneo*, cit., p. 189.



Todavia, e apesar das dúvidas e debates que o tema suscita, parece-nos resultar, do sucintamente exposto, que, atualmente, no ordenamento jurídico português, os negócios jurídicos de gestação de substituição são considerados nulos e, em caso de nascimento daí resultante, é havida como mãe da criança que vier a nascer a mulher que suporta a gravidez, *i.e.*, a mulher gestante<sup>15-16</sup>.

#### IV. Situações privadas internacionais

6. Conforme acima se referiu, identificam-se diferentes regimes jurídicos que regulam a gestação de substituição em vigor nos diversos Estados. Esta diversidade tem levado a que os interessados em gestação de substituição se desloquem para os países que a permitem e regressem depois ao país onde residem habitualmente, já com a criança que nasceu na sequência deste processo.

Aqui, podemos-nos deparar com diversas realidades jurídicas com as quais as entidades públicas do país da residência habitual dos interessados terão de lidar.

7. Numa possível situação, poderá ser feito, perante as autoridades estrangeiras, o registo da criança nascida nesse país estrangeiro em que é admitida a gestação de substituição. Nesse registo determina-se que os pais são cidadãos portugueses, sem mais indicações complementares.

Se, posteriormente, os cidadãos portugueses indicados como pais pretenderem fazer ingressar esse facto registado no estrangeiro no Registo Civil português, em princípio, não se identificarão dificuldades. Na verdade, nos termos do art. 6.º, n.º 1, do Código do Registo Civil (CRC)<sup>17</sup>, determina-se que “[o]s actos de registo lavrados no estrangeiro pelas entidades estrangeiras competentes podem ingressar no registo civil nacional, em face dos documentos que os comprovem, de acordo com a respectiva lei (...)”.

Assim, a lei portuguesa exige, para ingressar no registo civil nacional que os atos de registo sejam lavrados no estrangeiro pelas entidades competentes e que estes atos respeitem a respetiva lei estrangeira.

<sup>15</sup> Também neste sentido, embora crítico no que respeita à bondade da solução plasmada na lei, cfr. JORGE DUARTE PINHEIRO, *O Direito da Família Contemporâneo*, cit., p. 201. Já antes, a propósito da solução consagrada no art. 8.º, n.º 3, da Lei 32/2006, na versão original, revelando-se crítico, veja-se JOSÉ DE OLIVEIRA ASCENSÃO, “A Lei n.º 32/06, sobre procriação medicamente assistida”, *Revista da Ordem dos Advogados*, III/2007, p. 977-1006, p. 997 ss. Este autor equacionava a hipótese de fazer uma interpretação restritiva desta disposição, que excluísse a consequência prevista na lei – de ser considerada mãe a mulher gestante – “(...) no caso de o óvulo ser da beneficiária, considerando que essa hipótese não teria estado na mente do legislador”. Todavia, o mesmo autor concluía que “(...) o raciocínio é problemático”.

<sup>16</sup> Sublinhe-se ainda que, nos termos do art. 34.º da Lei 32/2006, “[q]uem aplicar técnicas de PMA, incluindo as realizadas no âmbito das situações de gestação de substituição previstas no artigo 8.º, fora dos centros autorizados é punido com pena de prisão até 3 anos”. Uma vez que a gestação substituição não é permitida em Portugal, não há centros autorizados no território que o possam fazer, logo, a sua prática é crime. Nos termos do art. 35.º, sob epígrafe “Beneficiários”, determina-se que “[q]uem aplicar técnicas de PMA com violação do disposto no n.º 2 do artigo 6.º é punido com pena de prisão de 2 a 8 anos”. No art. 39.º, especificamente aplicável em matéria de gestação de substituição, prevê-se que:

“1. Quem, enquanto beneficiário, concretizar contratos de gestação de substituição a título oneroso é punido com pena de prisão até 2 anos ou pena de multa até 240 dias.

2. Quem, enquanto gestante de substituição, concretizar contratos de gestação de substituição a título oneroso é punido com pena de multa até 240 dias.

3. Quem, enquanto beneficiário, concretizar contratos de gestação de substituição, a título gratuito, fora dos casos previstos nos n.ºs 2 a 6 do artigo 8.º é punido com pena de prisão até 1 ano ou pena de multa até 120 dias.

4. Quem, enquanto gestante de substituição, concretizar contratos de gestação de substituição, a título gratuito, fora dos casos previstos nos n.ºs 2 a 6 do artigo 8.º é punido com pena de multa até 120 dias.

5. Quem promover, por qualquer meio, designadamente através de convite direto ou por interposta pessoa, ou de anúncio público, a celebração de contratos de gestação de substituição fora dos casos previstos nos n.ºs 2 a 6 do artigo 8.º é punido com pena de prisão até 2 anos.

6. Quem, em qualquer circunstância, retirar benefício económico da celebração de contratos de gestação de substituição ou da sua promoção, por qualquer meio, designadamente através de convite direto ou por interposta pessoa, ou de anúncio público, é punido com pena de prisão até 5 anos.

7. A tentativa é punível.”

<sup>17</sup> Veja-se, acerca desta disposição, ÁLVARO SAMPAIO, *Código do Registo Civil anotado e comentado*, 4.ª Edição, Almedina, Coimbra, 2011, p. 66 ss.

Acresce ainda que a mesma disposição determina, para proceder ao registo, a verificação de um outro requisito: que seja feita a prova de que esses atos de registo não contrariam os princípios fundamentais da ordem pública internacional do Estado Português<sup>18</sup>.

Se não constar do documento de registo estrangeiro o recurso a gestação de substituição nem for feita qualquer declaração pelas partes nem for do conhecimento de quem faz o registo que houve recurso a gestação de substituição, não há conhecimento deste facto, logo, não há razões para recusar esse ingresso no registo.

8. Numa outra situação hipotética, assume-se que, na certidão de nascimento da criança nascida em país estrangeiro em que é admitida a maternidade de substituição, consta que os pais legais são portugueses, mas com indicação de que foi celebrado um contrato de gestação de substituição ou, não havendo esta indicação expressa, tal facto é comunicado ao Conservador ou funcionário do Registo Civil. Aqui já a situação de recurso à gestação de substituição será do conhecimento da entidade pública e terá imediata relevância jurídica. Neste caso, o ato de registo lavrado no estrangeiro pelas entidades estrangeiras competentes, de acordo com a sua própria lei, apenas pode ingressar no Registo Civil nacional se não contrariar a reserva de ordem pública internacional portuguesa.

Ora, conforme se referiu, no ordenamento jurídico português, os contratos de gestação de substituição são nulos e a criança nascida no âmbito de uma gestação de substituição é tida como filha da mulher gestante. Logo, a atribuição da filiação de uma criança nascida de uma gestação de substituição a uma mulher que não foi a gestante é contrária à lei portuguesa e, sendo esta lei imperativa, não pode ser afastada por vontade das partes. Assim, o registo de uma criança com base na referida certidão que dá conta da existência da gestação de substituição é contrária à ordem pública interna. Todavia, de acordo com o art. 6.º, n.º 1, do CRC, não basta, para recusar o seu ingresso em registo, a contrariedade à ordem pública interna, é necessária a contrariedade à reserva de ordem pública internacional.

Importa, pois, determinar se tal registo produzirá efeitos que também sejam considerados como contrários à reserva de ordem pública internacional<sup>19</sup>.

Ora, a reserva de ordem pública internacional opera nos casos em que se conclua que da aplicação da lei material estrangeira ao caso resultam efeitos que contrariam os princípios estruturantes da ordem jurídica do foro<sup>20</sup>. Salienta-se, pela sua expressa referência ao tema, o art. 67.º, n.º 2, al. e), CRP, que prevê a incumbência ao Estado para proteção da família, de “[r]egulamentar a procriação assistida, em termos que salvaguardem a dignidade da pessoa humana”, sendo a dignidade da pessoa humana um princípio transversal na CRP; atende-se, v.g., no art. 1.º, no art. 26.º CRP.

A reserva de ordem pública internacional apresenta algumas características essenciais: a excepcionalidade<sup>21</sup> – devendo apenas ser afastada a lei materialmente competente ou o reconhecimento do documento ou da decisão se a produção dos efeitos daí decorrentes for manifestamente ofensivo dos

<sup>18</sup> Vide, quanto a esta disposição e seus requisitos, DÁRIO MOURA VICENTE, “Maternidade de substituição e reconhecimento internacional”, cit., p. 52 ss.

<sup>19</sup> Acerca da distinção entre ordem pública interna e ordem pública internacional, vide JOÃO BAPTISTA MACHADO, *Lições de Direito Internacional Privado*, 3.ª Edição, reimpressão, Almedina, Coimbra, 1999, p. 253 ss.; ANTÓNIO MARQUES DOS SANTOS, *Direito Internacional Privado*, reimpressão, AAFDL, Lisboa, 1999, p. 183; ANTÓNIO FERRER CORREIA, *Lições de Direito Internacional Privado*, Almedina, Coimbra, 2000, p. 405 ss.; ELSA DIAS OLIVEIRA, *Da responsabilidade civil extracontratual por violação de direitos de personalidade em Direito Internacional Privado*, Almedina, Coimbra, 2012, p. 621, nota 2422; LUÍS DE LIMA PINHEIRO, *Direito Internacional Privado*, vol. I, 3.ª Edição, Almedina, Coimbra, 2014, p. 662 ss.; DÁRIO MOURA VICENTE, “Maternidade de substituição e reconhecimento internacional”, cit., p. 53 ss.

<sup>20</sup> ANTÓNIO FERRER CORREIA, *Lições de Direito Internacional Privado*, cit., p. 410 ss.; DÁRIO MOURA VICENTE, *Da responsabilidade pré-contratual em Direito Internacional Privado*, Almedina, 2001, p. 689; GERHARD KEGEL & KLAUS SCHURIG, *Internationales Privatrecht*, 9.ª Edição, Verlag C.H.Beck, 2004, p. 516 ss.; JAN KROPHOLLER, *Internationales Privatrecht*, 6.ª Edição, Mohr Siebeck, 2006, p. 244; ELSA DIAS OLIVEIRA, *Da responsabilidade civil extracontratual...*, cit., p. 620; LUÍS DE LIMA PINHEIRO, *DIREITO INTERNACIONAL PRIVADO*, vol. I, cit., p. 658 ss. Acerca dos princípios fundamentais do sistema jurídico português aplicáveis à PMA, vide JORGE DUARTE PINHEIRO, *O Direito da Família Contemporâneo*, cit., p. 167.

<sup>21</sup> JOÃO BAPTISTA MACHADO, *Lições de Direito Internacional Privado*, cit., p. 265 ss.; ANTÓNIO MARQUES DOS SANTOS, *Direito Internacional Privado*, cit., p. 186; LUÍS DE LIMA PINHEIRO, *Direito Internacional Privado*, vol. I, cit., p. 668 ss.; JOÃO GOMES DE ALMEIDA, *O divórcio em Direito Internacional Privado*, Almedina, Coimbra, 2017, p. 456 ss.; DÁRIO MOURA VICENTE, “Maternidade de substituição e reconhecimento internacional”, cit., p. 54.

princípios estruturantes da ordem pública internacional do foro e não apenas contrário à ordem pública interna –, a relatividade – que traduz a ideia de que para atuar a reserva de ordem pública internacional do foro deve existir uma ligação significativa entre a situação e o foro – e o caráter nacional – os princípios fundamentais de um Estado não têm de ser os princípios fundamentais de um outro Estado<sup>22</sup>.

A invocação da reserva de ordem pública internacional terá de ser analisada caso a caso, atendendo-se a todos estes elementos. O próprio processo de gestação de substituição será relevante, averiguando-se se no seu desenrolar foi sempre garantida a dignidade de todos os envolvidos.

Na verdade, no *supra* referido acórdão do Tribunal Constitucional, não foi referido que a gestação de substituição *per se* seja contrária à Constituição da República Portuguesa. São antes razões muito específicas que levaram à declaração de inconstitucionalidade das referidas disposições da Lei 32/2006 com a versão que lhe foi dada pela Lei n.º 25/2016. Com efeito, no referido acórdão é dito que a declaração de inconstitucionalidade do art. 8.º, n.º 4, 10 e 11 e “(...) conseqüentemente, das normas dos n.ºs 2 e 3 do mesmo artigo, na parte em que admitem a celebração de negócios de gestação de substituição a título excepcional e mediante autorização prévia, por violação do princípio da determinabilidade das leis (...)”. A norma do art. 8.º, n.º 8, da mesma lei em conjugação com o art. 14.º, n.º 5, foi também declarada inconstitucional “(...) na parte em que não admite a revogação do consentimento da gestante de substituição até à entrega da criança aos beneficiários, por violação do seu direito ao desenvolvimento da personalidade, interpretado de acordo com o princípio da dignidade da pessoa humana, e do direito de constituir família, em consequência de uma restrição excessiva dos mesmos (...)”. Foi também declarada “(...) a inconstitucionalidade conseqüente, com força obrigatória geral, da norma do n.º 7 do artigo 8.º da mesma Lei”. Do acórdão do Tribunal Constitucional que declarou a inconstitucionalidade da lei não resulta, pois, que a gestação de substituição seja, *per se*, contrária às regras ou princípios constitucionais portugueses. O modo como foi feita a sua regulação é que foi considerada contrária a regras previstas na Constituição.

Acresce ainda que Portugal está vinculado à Convenção Europeia dos Direitos do Homem (CEDH)<sup>23</sup>, sendo, pois também de atender à jurisprudência proferida pelo Tribunal Europeu dos Direitos do Homem (TEDH). A este respeito, são especialmente relevantes as decisões do TEDH *supra* identificadas<sup>24</sup> dos casos *Mennesson v. France* e *Labassee v. France*. Nestas decisões eram apreciadas situações em que um casal francês, com residência habitual em França, havia recorrido à gestação de substituição nos EUA, num Estado federado em que esta é legal, e o material genético utilizado para a gravidez era o do marido, que também pretendia ser o pai beneficiário. O TEDH veio sublinhar a importância da ligação biológica entre o pai, que para além de ser o biológico também era o beneficiário, e as crianças nascidas, como elemento componente da sua identidade. Sustentou-se, assim, que não pode ser entendido do superior interesse das crianças privá-las de uma relação legal desta natureza quando a realidade biológica desta relação está estabelecida e as crianças e o pai requerem o seu reconhecimento<sup>25</sup>. Concluiu o TEDH que o não reconhecimento desta relação legal entre pai e filhas é contrário ao art. 8.º da CEDH na parte que prevê o respeito pela vida privada.

Posteriormente, no Parecer Consultivo (*advisory opinion*) dado pelo TEDH em 10 de abril de 2019<sup>26</sup>, solicitado pela *Cour de Cassation* francesa, respeitante ao reconhecimento, pela lei nacional, da relação legal de filiação de criança nascida no âmbito de uma gestação de substituição acordada no estrangeiro com a mãe beneficiária, veio entender-se que no caso em análise, em que tinham sido utilizados os gametas do pai beneficiário e de uma terceira doadora e em que já havia sido reconhecida, no ordenamento jurídico interno da residência da família, a relação de parentalidade com o pai, o respeito pelo direito da vida privada previsto no art. 8.º da CEDH exige que este mesmo ordenamento jurídico permita a possibilidade de reconhecimento da relação de filiação com a mãe beneficiária como tal de-

<sup>22</sup> Acerca das características da reserva de ordem pública internacional, *vide*, por todos, ELSA DIAS OLIVEIRA, *Da responsabilidade civil extracontratual...*, cit., p. 623 ss., com referências bibliográficas; DÁRIO MOURA VICENTE, “Maternidade de substituição e reconhecimento internacional”, cit., p. 54.

<sup>23</sup> Assinada por Portugal em 22 de setembro de 1976 e em vigor na ordem jurídica portuguesa desde 9 de novembro de 1978.

<sup>24</sup> *Supra* nota 5.

<sup>25</sup> Veja-se, v.g., ponto 100 do acórdão do caso *Mennesson v. France* e ponto 79 do acórdão do caso *Labassee v. France*.

<sup>26</sup> Pedido n.º P16-2018-001.

signada no certificado de nascimento feito no estrangeiro. Mais se esclareceu que o respeito por esta disposição não exige que este reconhecimento seja feito por via do ingresso no registo de nascimento, podendo também ser feito pela via da adoção<sup>27</sup>. No mesmo parecer, o TEDH, esclareceu ainda que, apesar de a questão não lhe ter sido colocada, nos casos em que o embrião que é gerado pela mulher gestante resulta de ovócito da mulher que pretende ser a mãe beneficiária, a necessidade de garantir a possibilidade de reconhecimento da relação legal entre a criança e a mulher beneficiária apresenta-se com maior intensidade<sup>28</sup>.

Já num outro caso, *Paradiso and Campanelli v. Italy*, com contornos diferentes, desde logo porque se verificou que não existia qualquer vínculo biológico entre os candidatos a pais beneficiários – casal italiano com residência habitual em Itália – e a criança nascida na Rússia, o TEDH decidiu que não tinha existido violação do art. 8 da CEDH pelo facto de não ter sido reconhecida a filiação da criança ao referido casal e de a criança lhes ter sido retirada e colocada para adoção<sup>29</sup>, pelos tribunais italianos. Sublinhe-se que no ordenamento jurídico italiano a gestação de substituição não é legalmente permitida.

Importa também ter presente que a adoção de uma solução que não garanta os interesses das crianças será contrária ao art. 3.1. da Convenção sobre os Direitos da Criança<sup>30</sup>, que determina que “[t]odas as decisões relativas a crianças, adoptadas por instituições públicas ou privadas de protecção social, por tribunais, autoridades administrativas ou órgãos legislativos, terão primacialmente em conta o interesse superior da criança”<sup>31</sup>.

Conclui-se, pois, conforme acima referido, que a atuação da reserva de ordem pública internacional deverá ser apreciada em cada caso concreto. Sublinha-se, todavia, que não existe, parece-nos, razão para afastar *a priori* o reconhecimento da filiação aos pais beneficiários das crianças nascidas na sequência de gestação de substituição<sup>32</sup>.

<sup>27</sup> A conclusão, no original em língua inglesa:

“In a situation where, as in the scenario outlined in the questions put by the Court of Cassation, a child was born abroad through a gestational surrogacy arrangement and was conceived using the gametes of the intended father and a third-party donor, and where the legal parent-child relationship with the intended father has been recognised in domestic law:

1. the child’s right to respect for private life within the meaning of Article 8 of the Convention requires that domestic law provide a possibility of recognition of a legal parent-child relationship with the intended mother, designated in the birth certificate legally established abroad as the “legal mother”;

2. the child’s right to respect for private life within the meaning of Article 8 of the Convention does not require such recognition to take the form of entry in the register of births, marriages and deaths or the details of the birth certificate legally established abroad; another means, such as adoption of the child by the intended mother, may be used provided that the procedure laid down by domestic law ensures that it can be implemented promptly and effectively, in accordance with the child’s best interests.

<sup>28</sup> No original, em inglês:

“47. Although the domestic proceedings do not concern the case of a child born through a gestational surrogacy arrangement abroad and conceived using the eggs of the intended mother, the Court considers it important to emphasise that, where the situation is otherwise similar to that in issue in the present proceedings, the need to provide a possibility of recognition of the legal relationship between the child and the intended mother applies with even greater force in such a case”.

<sup>29</sup> Veja-se, no original, em inglês:

215. The Court does not underestimate the impact which the immediate and irreversible separation from the child must have had on the applicants’ private life. While the Convention does not recognise a right to become a parent, the Court cannot ignore the emotional hardship suffered by those whose desire to become parents has not been or cannot be fulfilled. However, the public interests at stake weigh heavily in the balance, while comparatively less weight is to be attached to the applicants’ interest in their personal development by continuing their relationship with the child. Agreeing to let the child stay with the applicants, possibly with a view to becoming his adoptive parents, would have been tantamount to legalising the situation created by them in breach of important rules of Italian law. The Court accepts that the Italian courts, having assessed that the child would not suffer grave or irreparable harm from the separation, struck a fair balance between the different interests at stake, while remaining within the wide margin of appreciation available to them in the present case.

216. It follows that there has been no violation of Article 8 of the Convention.”.

<sup>30</sup> Resolução da Assembleia da República n.º 20/90, de 12 de setembro, e o Decreto do Presidente da República n.º 49/90, de 12 de setembro.

<sup>31</sup> *Vide*, a este respeito DÁRIO MOURA VICENTE, “Maternidade de substituição e reconhecimento internacional”, cit., p. 56 ss.

<sup>32</sup> Importa ainda, neste contexto, fazer uma referência à teoria do efeito atenuado da reserva de ordem pública internacional. Conforme esclarece ANTÓNIO FERRER CORREIA, *Lições de Direito Internacional Privado*, cit., p. 414 ss., o efeito atenuado da reserva de ordem pública internacional resulta de uma orientação doutrinária e jurisprudencial francesa, em que a ordem pública “(...) pode operar de modo diverso conforme se trate de adquirir um direito em França, ou de permitir que um direito adquirido sem fraude no estrangeiro, produza em França, os seus efeitos (...)”. A respeito desta orientação jurisprudencial, veja-se, *v.g.*,

Acresce ainda que, conforme já antes sublinhava Dário Moura Vicente<sup>33</sup>, se se tratar de uma situação de filiação já constituída num Estado-Membro da UE, o não reconhecimento num outro Estado-Membro, gera uma situação claudicante, que pode colocar em causa o direito de os cidadãos da UE circularem e permanecerem livremente no território dos Estados-Membros, previsto no art. 21.º, n.º 1, do TFUE<sup>34</sup>.

9. Numa outra situação hipotética, poderá admitir-se que, tendo sido feito o registo da criança, a filiação seja impugnada perante tribunais judiciais<sup>35</sup>. Ou, por qualquer outra razão, pode ser suscitada a questão da determinação da filiação de uma pessoa nascida na sequência de uma gestação de substituição numa situação privada internacional. Importa, então, determinar a lei aplicável para regular a situação.

No ordenamento jurídico português, a norma de conflitos relevante será o art. 56.º CC, que, no seu n.º 1, determina que, tratando-se de filho de mulher solteira, à constituição da filiação é aplicável a lei pessoal do progenitor à data do estabelecimento da relação.

Desde logo, na interpretação desta disposição, importa determinar quem é entendido como progenitor no âmbito de uma gestação de substituição. Deverá ser entendida como progenitora a mulher gestante, a mulher que doa o ovócito ou a mulher que pretende criar e educar a criança e deu início ao processo de gestação de substituição<sup>36</sup>? Na verdade, na gestação de substituição recorre-se, por regra, a técnicas de PMA<sup>37</sup>, podendo a concreta técnica utilizada ter repercussões jurídicas. Pode, nomeadamente, estar em causa uma técnica de PMA homóloga – caso em que os espermatozoides e os ovócitos provêm do próprio casal – ou de PMA heteróloga – caso em que os espermatozoides e os ovócitos não provêm do próprio casal, mas antes de dador<sup>38</sup>. A procriação heteróloga pode ainda sê-lo total ou parcialmente, consoante as células reprodutoras provenham todas de dador ou de um dos beneficiários<sup>39</sup>.

---

a decisão da *Cour de Cassation, Ire Chambre civile*, de 17 de abril de 1953, disponível em [http://www.interjurisnet.eu/html/dip/civ1\\_17\\_04\\_1953.pdf](http://www.interjurisnet.eu/html/dip/civ1_17_04_1953.pdf), em que se sustentou que “(...) la réaction à l'encontre d'une disposition contraire à l'ordre public n'est pas la même suivant qu'elle met obstacle à l'acquisition d'un droit en France ou suivant qu'il s'agit de laisser se produire en France les effets d'un droit acquis, sans fraude, à l'étranger et en conformité de la loi ayant compétence en vertu du droit international privé français”. Ou seja, importa distinguir consoante se trata ou não de uma situação que já foi constituída no estrangeiro e cujos efeitos, se pretende, venham a produzir-se no Estado do foro; bem como se se trata ou não de uma situação fraudulentamente constituída. Resulta desta orientação que, v.g., apesar de a união poligâmica em si não ser reconhecida no Estado do foro, poderiam ser de admitir alguns efeitos de uma união poligâmica, validamente celebrada no estrangeiro, como é o caso, por exemplo, da atribuição de direitos sucessórios aos descendentes de matrimónio poligâmico e até à segunda mulher do polígamo. Veja-se, a este respeito, v.g., a decisão da *Cour de Cassation, Ire Chambre civile*, de 3 de janeiro de 1980, disponível em <https://www.legifrance.gouv.fr>, relativa aos efeitos sucessórios de casamento poligâmico. Cfr. na doutrina portuguesa, quanto ao efeito atenuado da ordem pública internacional, ISABEL DE MAGALHÃES COLLAÇO, *Direito Internacional Privado*, vol. I., Reedição das Lições, 1958-59, Edição da Associação Académica da Faculdade de Direito, Lisboa, 1966, p. 428; JOÃO BAPTISTA MACHADO, *Lições de Direito Internacional Privado*, cit., p. 267; ANTÓNIO FERRER CORREIA, *Lições de Direito Internacional Privado*, cit., p. 415; LUÍS DE LIMA PINHEIRO, *Direito Internacional Privado*, vol. I, 3.ª Edição, Almedina, Coimbra, 2014, p. 671 ss.; DÁRIO MOURA VICENTE, “Maternidade de substituição e reconhecimento internacional”, cit., p. 55. Ora, dependendo da análise do caso concreto, nas situações de crianças nascidas na sequência de um processo de gestação de substituição, poderá ser de admitir um efeito atenuado da reserva de ordem pública internacional se estiverem preenchidos os pressupostos acima referidos e, consequentemente – apesar de poder não ser de aceitar a validade do contrato de gestação –, admitir a atribuição da filiação a quem celebrou o contrato de gestação de substituição com vista a criar e educar a criança, i.e., os denominados pais beneficiários.

<sup>33</sup> DÁRIO MOURA VICENTE, “Maternidade de substituição e reconhecimento internacional”, cit., p. 57.

<sup>34</sup> Vide, acerca do reconhecimento mútuo e das críticas que lhe têm sido tecidas por poder conduzir a que determinados Estados tenham de reconhecer, nos seus ordenamentos jurídicos, situações contrárias aos seus valores e princípios estruturantes, como é o caso da gestação de substituição, MATTHIAS LEHMANN, “Chapter 2: Recognition as a substitute for Conflict of Laws?”, *General Principles of European Private International Law*, Ed. Stefan Leible, Wolters Kluwer, 2016, p. 11-43, p. 33.

<sup>35</sup> DÁRIO MOURA VICENTE, “Maternidade de substituição e reconhecimento internacional”, cit., p. 57 ss.

<sup>36</sup> Acerca da determinação da mãe e das dificuldades que lhe estão associadas nestes casos no ordenamento jurídico português, vide DIOGO LEITE DE CAMPOS/MÓNICA MARTINEZ DE CAMPOS, *Lições de Direito da Família*, cit., p. 375 ss.

<sup>37</sup> Conforme esclarece MAFALDA MIRANDA BARBOSA, “Entre a instrumentalização da mulher e a coisificação do filho”, cit., p. 241, nota 3, “(...) a maternidade de substituição não é uma técnica de PMA, embora, em termos legais, em face da disciplina instruída pelo legislador português, tenha sempre de pressupor uma dessas técnicas – vide artigo 8.º/3”. Veja-se, também, MARIA MARGARIDA SILVA PEREIRA, “Uma gestação inconstitucional...”, cit., p. 5.

<sup>38</sup> JORGE DUARTE PINHEIRO, *O Direito da Família Contemporâneo*, cit., p. 164.

<sup>39</sup> JORGE DUARTE PINHEIRO, *O Direito da Família Contemporâneo*, cit., p. 164.

Uma vez que se está perante conceitos jurídicos, importa determinar o método para fazer a sua interpretação. A interpretação dos elementos de conexão, de acordo com a doutrina dominante, deve ser feita à luz da lei do foro<sup>40</sup>, importando, todavia, ter sempre presente a natureza da norma de conflitos em concreto<sup>41</sup>.

No momento atual, atendendo a que o art. 8.º, n.º 7, da Lei n.º 32/2006, com a redação que lhe foi dada pela Lei n.º 25/2016, foi declarado inconstitucional, e tendo sido reprimada a versão originária desta disposição, é tida como mãe, para todos os efeitos legais, a mulher que suportar a gravidez<sup>42</sup>. Releva ainda, para a interpretação deste conceito o disposto no art. 1796.º, n.º 1, CC, que determina que, relativamente à mãe, a filiação resulta do facto do nascimento.

Assim, para efeitos de interpretação do conceito de progenitor previsto no art. 56.º, n.º 1, CC, entende-se ser progenitora a mulher gestante, a que suporta a gravidez. Nestes termos, de acordo com o art. 56.º, n.º 1, CC, a filiação será regulada pela lei pessoal da mulher gestante, que, nos termos do art. 31.º, n.º 1, CC, por regra, é a lei da nacionalidade<sup>43</sup>.

Se as normas de conflitos do ordenamento jurídico do Estado da lei pessoal da gestante remeterem para o seu próprio ordenamento e não se suscitarem, por isso, questões de reenvio, será esta a lei aplicável.

Ora, atendendo a que, na maioria das situações, as pessoas que pretendem beneficiar da gestação de substituição recorrem a mulheres gestantes nacionais de países que admitem a gestação de substituição e cujas leis consideram como pais das crianças assim nascidas os pais beneficiários, a lei material aplicável à filiação das crianças vai, na maioria dos casos determinar que são estes beneficiários os pais da criança e não a mulher gestante.

Se, de acordo com a lei material aplicável, a filiação dever ser estabelecida relativamente aos pais beneficiários, haverá também aqui que verificar se da aplicação desta lei estrangeira resultam efeitos considerados contrários à reserva de ordem pública internacional do Estado português. E neste âmbito, haverá que ter presentes considerações semelhantes àquelas já acima tecidas. Ou seja, haverá que verificar se, no caso *sub iudice*, atenta a ligação da situação ao ordenamento jurídico português, bem como o processo de gestação de substituição em concreto, haverá ou não que atuar a reserva de ordem pública internacional. Desta feita, a disposição relevante será o art. 22.º CC, que consagra a reserva de ordem pública internacional, e poderá ser de afastar a aplicação da lei que determina que os beneficiários são os pais da criança. Nos termos do art. 22.º, n.º 2, CC, determina-se que serão aplicáveis, nesse caso, as normas mais apropriadas da lei estrangeira competente ou, não as havendo, as regras de Direito interno português.

**10.** Como referido, o art. 56.º, n.º 1, CC, regula a filiação de filho de mulher não casada. Tendo sido analisada a filiação relativamente à mãe, importa agora apreciar a aplicação da mesma regra no que respeita à determinação da filiação da criança relativamente ao pai.

A doutrina e a própria lei, em situações de gestação de substituição, não têm dedicado tanta atenção à determinação do pai como à da mãe. Todavia, o problema coloca-se também com respeito a este progenitor.

<sup>40</sup> MARIA HELENA BRITO, *A representação nos contratos internacionais*, Almedina, Coimbra, 1999, p. 47 ss.; DÁRIO MOURA VICENTE, *Da responsabilidade pré-contratual em Direito Internacional Privado*, cit., p. 76 ss.; LUÍS DE LIMA PINHEIRO, *Direito Internacional Privado*, vol. I, cit., p. 498. Já antes, ISABEL DE MAGALHÃES COLLAÇO, *Da qualificação em Direito Internacional Privado*, Lisboa, 1964, p. 123; JOÃO BAPTISTA MACHADO, *Âmbito de eficácia e âmbito de competência das leis*, reimpressão da Edição de 1970, Almedina, Coimbra, 1998, p. 381.

<sup>41</sup> ELSA DIAS OLIVEIRA, *Da responsabilidade civil extracontratual...*, cit., p. 355, com referências bibliográficas.

<sup>42</sup> Veja-se também DÁRIO MOURA VICENTE, “Maternidade de substituição e reconhecimento internacional”, cit., p. 58, interpretando o conceito de progenitor previsto no art. 56.º, n.º 1, CC, à luz do disposto na Lei n.º 32/2006.

<sup>43</sup> Se a progenitora tiver mais do que uma nacionalidade haverá que apelar aos critérios de resolução de concursos de nacionalidades previstos nos arts. 27.º e 28.º da Lei da Nacionalidade (Lei n.º 37/81, de 03/10, alterada pela Lei n.º 25/94, de 19/08, pelo Decreto-Lei n.º 322-A/2001, de 14/12, Lei Orgânica n.º 1/2004, de 15/01, Lei Orgânica n.º 2/2006, de 17/04, Lei n.º 43/2013, de 03/07, Lei Orgânica n.º 1/2013, de 29/07, Lei Orgânica n.º 8/2015, de 22/06, Lei Orgânica n.º 9/2015, de 29/07 e pela Lei Orgânica n.º 2/2018, de 05/07). Se, noutra hipótese, a progenitora for apátrida, é aplicável o art. 12.º, n.º 1, da Convenção relativa ao estatuto dos apátridas, nos termos do qual se determina que o estatuto pessoal do apátrida se rege pela lei do país do seu domicílio ou, na falta de domicílio, pela lei do país da sua residência. Esta Convenção foi adotada e aberta à assinatura pela Conferência das Nações Unidas sobre o Estatuto dos Apátridas, realizada no Quartel-General das Nações Unidas, em Nova Iorque, de 13 a 23 de setembro de 1954, entrou em vigor na ordem internacional em 6 de junho de 1960 e em Portugal em 30 de dezembro de 2012.

A lei material portuguesa revela-se pouco favorável ao estabelecimento da filiação paterna, no caso de gestação de substituição<sup>44</sup>. Na verdade, no que respeita à determinação da mãe, nos termos do art. 8.º, n.º 3, da Lei 32/2006, estabelece-se que se considera como mãe da criança a mulher que suporta a gravidez, mesmo que subjacente esteja um negócio de gestação de substituição nulo. O legislador é omissivo no que respeita ao pai.

O homem que celebra o negócio de gestação de substituição não terá fundamento legal para se identificar como pai, uma vez que o negócio que celebrou é nulo, não produzindo, pois, qualquer efeito. O homem que doa o seu material genético para a possibilidade da gestação de substituição não é considerado como pai, o que resulta expressamente dos arts. 10.º, n.º 2 e 21.º da Lei n.º 32/2006<sup>45</sup>. Estas disposições são relevantes no âmbito da gestação de substituição, pois esta pressupõe o recurso a técnicas de PMA.

Todavia, a situação pode ainda assumir uma outra configuração: o homem que celebra o contrato de gestação de substituição pode ser também o dador do seu material genético e pretender que seja estabelecida a filiação da criança assim nascida, assumindo a paternidade desta. Neste caso, o ordenamento jurídico português não pode ficar indiferente ao vínculo biológico que existe entre este homem e a criança, bem como à jurisprudência do TEDH. No *supra* referido caso *Menesson v. França*, o TEDH veio considerar que sendo o homem que pretendia ser o pai da criança também aquele que tinha facultado o seu material genético para a gestação e tendo em consideração a importância da filiação biológica como um componente da identidade de cada um, não poderia ser considerado do interesse da criança a privação do estabelecimento desta relação de parentalidade. Na verdade, se o homem que pretende estabelecer a filiação com a criança é o seu pai biológico e se tem esta vontade de reconhecimento legal deste laço, será contrário ao interesse da criança a sua recusa<sup>46</sup>. E conseqüentemente, esta recusa também será contrária ao art. 8.º da CEDH no que concerne ao direito ao respeito pela vida privada e familiar da criança.

Assim, nos casos em que o homem beneficiário da gestação de substituição é também o homem que forneceu o material genético, deverá este ser considerado como progenitor da criança, designadamente, para efeitos de aplicação do art. 56.º, n.º 1, CC. Por aplicação desta disposição, será a lei pessoal deste progenitor que regulará a filiação.

Situação mais complicada será aquela em que o dador do material genético não coincide com o beneficiário da gestação de substituição. Neste caso, não parece existir um homem que possa ser apontado como progenitor.

A este respeito, importa ainda ter presente o regime previsto no art. 1839.º, n.º 3, CC, de acordo com o qual “[n]ão é permitida a impugnação de paternidade com fundamento em inseminação artificial ao cônjuge que nela consentiu”. Resulta desta disposição que o dador de gâmetas não é o pai nos casos em que o cônjuge da mulher que fez inseminação artificial nisso consentiu<sup>47</sup>. Nos casos de gestação de substituição, todavia, é a própria Lei n.º 32/2006 que, no seu art. 8.º, n.º 1, vem determinar que os negócios àquela relativos são nulos.

Importa ainda referir que, no ordenamento jurídico português, identificam-se regras de conflitos específicas aplicáveis consoante se trate de filiação relativamente a mulher casada ou a mulher não casada. Assim, a regra acima indicada no art. 56.º, n.º 1, CC, apenas se aplica no caso de se tratar de mulher não casada.

Se se tratar do estabelecimento da filiação de mulher casada, nos termos do art. 56.º, n.º 2, CC, determina-se que a constituição da filiação relativamente ao pai é regulada pela lei nacional comum da mãe e do marido<sup>48</sup>. Na falta desta, é aplicável a lei da residência habitual comum dos cônjuges e, se esta

<sup>44</sup> JORGE DUARTE PINHEIRO, *O Direito da Família Contemporâneo*, cit., p. 201, nota 484.

<sup>45</sup> Veja-se, v.g., GUILHERME DE OLIVEIRA, “Critérios jurídicos da parentalidade”, *Textos de Direito da Família para Francisco Pereira Coelho*, Coord. Guilherme de Oliveira, Imprensa da Universidade de Coimbra, 2016, p. 271-306, p. 279; GUILHERME DE OLIVEIRA, *Estabelecimento da filiação*, cit., p. 253.

<sup>46</sup> A *Grand Chambre* deste mesmo Tribunal veio, como *supra* referido na nota 26 e texto correspondente, em 10 de abril de 2019, reforçar esta orientação num Parecer Consultivo solicitado pela *Court de Cassation* francesa.

<sup>47</sup> JORGE DUARTE PINHEIRO, *O Direito da Família Contemporâneo*, cit., p. 168.

<sup>48</sup> Acerca da discussão na doutrina quanto à aplicação desta disposição nos casos em que está em causa a paternidade relativamente a outro homem que não o marido da mãe, vide LUÍS DE LIMA PINHEIRO, *Direito Internacional Privado*, vol. II, 4.ª Edição, Almedina, Coimbra, 2015, p. 670 ss. com referências bibliográficas e doutrinárias.

também faltar, a lei pessoal do filho. Em consonância com as considerações acima tecidas, também aqui o conceito de mãe deve ser interpretado com base no Direito material português. Logo, deve ser entendida como mãe a mulher gestante, *i.e.*, a que suporta a gravidez.

Nos termos do art. 56.º, n.º 3, CC, clarifica-se ainda que, para os efeitos do art. 56.º, n.º 2, CC, “(...) atender-se-á ao momento do nascimento do filho ou ao momento da dissolução do casamento, se for anterior ao nascimento”.

**11.** Numa outra hipótese ainda, podemos nos deparar com uma decisão judicial relativa à filiação de uma criança, proferida por tribunal estrangeiro, cujo reconhecimento é requerido em Portugal.

Nos termos do art. 7.º, n.º 1, do CRC<sup>49</sup>, determina-se que “[a] s decisões dos tribunais estrangeiros relativas ao estado ou à capacidade civil dos Portugueses, depois de revistas e confirmadas, são directamente registadas por meio de averbamento aos assentos a que respeitam”. Já se as decisões disserem respeito a estrangeiros, rege o art. 7.º, n.º 2, do CRC, segundo o qual: “As decisões dos tribunais estrangeiros, referentes ao estado ou à capacidade civil dos estrangeiros, estão nos mesmos termos sujeitas a registo, lavrado por averbamento ou por assento, consoante constem ou não do registo civil português os assentos a que devam ser averbadas”.

A revisão e confirmação de sentenças estrangeiras, não estando prevista em tratados, convenções ou regulamentos da União Europeia, nem em lei especial, encontra-se regulada nos arts. 978.º ss. CPC (Código de Processo Civil). Conforme resulta do art. 979.º CPC, o tribunal competente é o Tribunal da Relação da área em que esteja domiciliada a pessoa contra quem se pretende fazer valer a sentença. A sentença estrangeira será confirmada se estiverem verificados os pressupostos previstos no art. 980.º CPC: “a) Que não haja dúvidas sobre a autenticidade do documento de que conste a sentença nem sobre a inteligência da decisão; b) Que tenha transitado em julgado segundo a lei do país em que foi proferida; c) Que provenha de tribunal estrangeiro cuja competência não tenha sido provocada em fraude à lei e não verse sobre matéria da exclusiva competência dos tribunais portugueses; d) Que não possa invocar-se a exceção de litispendência ou de caso julgado com fundamento em causa afeta a tribunal português, exceto se foi o tribunal estrangeiro que preveniu a jurisdição; e) Que o réu tenha sido regularmente citado para a ação, nos termos da lei do país do tribunal de origem, e que no processo hajam sido observados os princípios do contraditório e da igualdade das partes; f) Que não contenha decisão cujo reconhecimento conduza a um resultado manifestamente incompatível com os princípios da ordem pública internacional do Estado Português”.

Uma vez mais, salienta-se o requisito de que a decisão estrangeira não seja contrária à reserva de ordem pública internacional<sup>50</sup>. Também aqui haverá que atender ao caso concreto, analisando-se se, *v.g.*, o processo adotado na gestação de substituição foi ou não contrário à dignidade da pessoa humana, remetendo-se para as considerações já acima tecidas a este respeito.

Sublinhe-se ainda que, nos termos previstos no art. 983.º, n.º 2, CPC, a decisão poderá não ser confirmada se tiver sido proferida contra pessoa de nacionalidade portuguesa e se se verificar que “(...) o resultado da ação lhe teria sido mais favorável se o tribunal estrangeiro tivesse aplicado o direito material português, quando por este devesse ser resolvida a questão segundo as normas de conflitos da lei portuguesa”. Exige-se, pois, que seja verificado se, de acordo com as normas de conflitos portuguesas, *maxime* art. 56.º CC, a lei material portuguesa seria a competente e se este resultado seria mais vantajoso para o cidadão português<sup>51</sup>, caso em que a decisão não será reconhecida.

<sup>49</sup> Acerca desta disposição, veja-se ÁLVARO SAMPAIO, *Código do Registo Civil anotado e comentado*, cit., p. 66 ss. Veja-se ainda, acerca do regime previsto neste artigo 7.º, LUÍS DE LIMA PINHEIRO, *Direito Internacional Privado*, vol. III, 2.ª edição, Alameda, Coimbra, 2012, p. 478, 482 ss.; DÁRIO MOURA VICENTE, “Maternidade de substituição e reconhecimento internacional”, cit., p. 60 ss.

<sup>50</sup> Acerca da relevância da reserva de ordem pública internacional no reconhecimento destas decisões, embora à luz do anterior CPC, em especial, arts. 1094.º ss., DÁRIO MOURA VICENTE, “Maternidade de substituição e reconhecimento internacional”, cit., p. 60 ss., sublinhando, já em 2010, que “(...) se nos afigura ser impossível afirmar, em termos gerais, que as decisões em apreço não podem ser reconhecidas em território nacional. Há, pelo contrário, também nestes casos um *favor recognitionis*, que em princípio levará a admitir a produção de efeitos em Portugal por tais decisões”.

<sup>51</sup> Sobre situação muito similar a esta, embora com referência ao art. 1100.º, n.º 2, CPC, então em vigor, *vide* DÁRIO MOURA VICENTE, “Maternidade de substituição e reconhecimento internacional”, cit., p. 61 ss.



## V. Conclusão

12. A gestação de substituição em situações que apresentem contactos relevantes com mais do que um ordenamento jurídico suscita dificuldades, que são acrescidas na sua regulação atendendo à multiplicidade de regimes materiais vigentes nos diversos ordenamentos jurídicos.

A diversidade na regulação jurídica nesta matéria dos vários ordenamentos jurídicos apresenta ainda a especificidade de refletir os valores e princípios mais estruturantes de cada sociedade, manifestando, pois, a sua própria identidade. Daí que também não surpreenda a resistência de alguns ordenamentos jurídicos em admitir a produção de efeitos de situações constituídas no estrangeiro, à luz da lei estrangeira, ao invés do previsto na lei do Estado do foro. E, todavia, aqueles que pretendem ser progenitores recorrendo a gestação de substituição, frequentemente, procuram iniciar o respetivo processo nos países que a permitem, regressando depois ao seu país de residência habitual com a criança entretanto nascida. As dificuldades que se prendem com o reconhecimento ou a constituição da filiação no país onde os progenitores beneficiários e a criança vão ficar a residir habitualmente poderão ser mais ou menos acentuadas, consoante os valores e princípios jurídicos subjacentes a este ordenamento jurídico.

Importa, face a toda esta diversidade de regulação jurídica e à frequente plurilocalização destas situações, manter sempre presente o superior interesse da criança, que nasceu, que é titular de direitos inalienáveis e que não deve ser prejudicada pelo facto de ter sido gerada com recurso a gestação de substituição.

JURISDICTION AND APPLICABLE LAW TO CONTRACTS FOR  
THE SALE OF GOODS AND THE PROVISION OF SERVICES  
INCLUDING THE CARRIAGE OF GOODS BY SEA AND OTHER  
MEANS OF TRANSPORT IN THE EUROPEAN UNION

JURISDICCIÓN Y DERECHO APLICABLE A LOS CONTRATOS  
DE COMPRAVENTA DE MERCADERÍAS Y DE PRESTACIÓN  
DE SERVICIOS INCLUYENDO EL TRANSPORTE  
DE MERCANCÍAS POR VÍA MARÍTIMA Y OTROS MEDIOS  
DE TRANSPORTE EN LA UNIÓN EUROPEA

JONATAN ECHEBARRÍA FERNÁNDEZ\*  
*Ph.D. in Law*  
*Copenhagen Business School*

Recibido: 17.05.2019 / Aceptado: 05.06.2019

DOI: <https://doi.org/10.20318/cdt.2019.4950>

**Abstract:** The article analyses the jurisdiction and applicable law to contracts for the sale of goods and the provision of services in the European Union. It particularly focuses on contracts that subsume different categories of contracts, such as the carriage of goods by sea, in a contract for the sale of goods and the provision of services. The European Union law and the interpretation provided by the Court of Justice of the European Union shed light into the place of performance of the contract in order to set jurisdiction for national courts. This is explained through the current legal framework and the case law in order to ascertain where and under what legal regime the claimant may start proceedings for the breach of a contractual obligation or in case of a non-contractual claim.

**Keywords:** provision of services, sale of goods, carriage of goods by sea and other means of transport, Court of Justice of the European Union, contractual actions, place of performance of the contractual obligation, non-contractual actions, applicable law, game theory, contractual efficiency.

**Resumen:** El artículo analiza la jurisdicción y la ley aplicable a los contratos para la venta de bienes y la prestación de servicios en la Unión Europea. En particular, se centra en los contratos que subsumen diferentes categorías de contratos, tales como el transporte de mercancías por mar, en un contrato de venta de mercaderías o de prestación de servicios. El Derecho de la Unión Europea y la interpretación dada por el Tribunal de Justicia de la Unión Europea arrojan luz sobre el lugar de cumplimiento del contrato con el fin de establecer el tribunal nacional competente. Esto se explica a través del marco legal actual y casos para determinar dónde y bajo qué régimen legal el demandante puede

---

\*I would like to thank Professor J. CARRASCOSA GONZÁLEZ (Chair Professor of Private International Law at the University of Murcia), Professor E. RØSÆG (member of PluriCourts – Centre for the Study of the Legitimate Roles of the Judiciary in the Global Order, University of Oslo) and Professor J. J. ÁLVAREZ RUBIO (Chair of Private International Law at the University of the Basque Country) for their advice during the preparation of this article.

interponer una demanda por incumplimiento de una obligación contractual o en caso de una reclamación extracontractual.

**Palabras clave:** prestación de servicios, compraventa de mercaderías, transporte de mercancías por vía marítima y otros medios de transporte, Tribunal de Justicia de la Unión Europea, acciones contractuales, lugar de ejecución de la obligación contractual, acciones extracontractuales, derecho aplicable, teoría de juegos, eficiencia contractual.

**Summary:** I. Introduction. II. Jurisdiction, place of performance and contract for the carriage of goods by sea including multimodal transport. 1. Contracts for the sale of goods and the provision of services including the carriage of goods by sea: A battle of concepts. 2. Distinction between contracts for the sale of goods and contracts for the provision of services including the carriage of goods by sea: The battle goes on. 3. Place of performance as a ground of jurisdiction in contracts for the sale of goods and the provision of services. 4. A particular case: multiple places of performance with special regard to multimodal transport. 5. Place of performance, INCOTERMS and contracts for the sale of goods. III. Non-contractual actions under Article 7(2) of the Brussels I Recast Regulation. IV. The applicable law to contracts for the provision of services, the sale of goods and complex contracts under European Union Law. 1. The applicable law to contractual claims. 2. The applicable law to non-contractual claims. 3. Cheapest cost avoider, efficiency in the conflict of laws and game theory. V. Final remarks.

## I. Introduction

1. Goods are sold and services are provided in the modern interconnected world. The article presents an overview of the jurisdiction and applicable law to contracts for the sale of goods and the provision of services. The contract for the sale of goods or the provision of services may include the carriage of goods by different means of transport. The parties can agree to submit their disputes regarding their contract to a concrete European Union (EU) Member State court according to Articles 25 (exclusive jurisdiction agreement)<sup>1</sup> and 26 (tacit jurisdiction agreement)<sup>2</sup> of the Brussels I Recast Regulation.<sup>3</sup>

2. In the absence of that choice, the claimant can opt between the “general” forum<sup>4</sup> of Article 4 of the Brussels I Recast Regulation that coexists, in an alternative jurisdictional relationship, with

<sup>1</sup> The first paragraph of Article 25 states the following: “If the parties, regardless of their domicile, have agreed that a court or the courts of a Member State are to have jurisdiction to settle any disputes which have arisen or which may arise in connection with a particular legal relationship, that court or those courts shall have jurisdiction, unless the agreement is null and void as to its substantive validity under the law of that Member State. Such jurisdiction shall be exclusive unless the parties have agreed otherwise. 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.” Article 25(2) further clarifies that “Any communication by electronic means which provides a durable record of the agreement shall be equivalent to ‘writing’”.

<sup>2</sup> Article 26(1) prescribes that “[...] a court of a Member State before which a defendant enters an appearance shall have jurisdiction. This rule shall not apply where appearance was entered to contest the jurisdiction, or where another court has exclusive jurisdiction by virtue of Article 24.”

<sup>3</sup> 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 [2012] OJ L351/1. Also, its predecessors should be introduced: Council Regulation (EC) 44/2001 of 22 December 2000 on jurisdiction and the recognition and enforcement of judgments in civil and commercial matters, and the Brussels Convention of 27 September 1968 on jurisdiction and the enforcement of judgments in civil and commercial matters, consolidated text of 26 January 1998, OJ 1998 C 27/1.

<sup>4</sup> The “general” forum of the domicile of the defendant in an EU Member State can be defined as a “residual” forum contained in Article 4 of the Brussels I Recast Regulation. The claimant is obliged to start proceedings against the defendant, regardless of its domicile, when a court has exclusive jurisdiction over the dispute contained in Article 24 of the Brussels I Recast Regulation; *Vid.* J. CARRASCOSA GONZÁLEZ, “The defendant’s domicile in the Brussels ‘The Regulation 1215/2012’. A critical approach of the *actor sequitur forum rei* rule”, *CDT*, vol. 11, No. 1, pp. 112-138, at pp. 129-130.

the special jurisdiction in matters related to a contract of Article 7(1) or to non-contractual obligations of Article 7(2) of the Brussels I Recast Regulation.<sup>5</sup> Although an EU Member State court with special jurisdiction under these Articles “may not be bound to apply the Rome I Regulation<sup>6</sup> which corresponds to the special jurisdiction, connection between special jurisdiction and applicable law will certainly be much tighter than it used to be”.<sup>7</sup> The parties may also agree on the globally recognised international commercial arbitration under the 1958 New York Convention.<sup>8</sup>

3. The article analyses first when the Court of Justice of the European Union (CJEU) interprets the contracts for the sale of goods and the provision of services including the carriage of goods by sea and other means of transport in a contractual scenario. It includes an assessment of where the claimant may start proceedings. The autonomous interpretation of the place of performance including the carriage of goods by sea and multimodal transport follows the analysis considering the role of the INCOTERMS. The determination of the court having jurisdiction in case of non-contractual claims follows the analysis. The freedom of the parties to choose the applicable law to their contract in case of contractual and non-contractual actions is enshrined in Articles 3 of the Rome I Regulation and Article 14(1) of the Rome II Regulation,<sup>9</sup> respectively. A brief introduction to the applicable legal framework in the absence of a choice of law in both contractual and non-contractual actions is provided leading to an analysis of the efficiency of the cost of conflict from a legal and economic perspective considering game theory and law and economics. The final remarks sum up the findings of the previous section that academics and practitioners may take into consideration.

## II. Jurisdiction, place of performance and contract for the carriage of goods by sea including multimodal transport

### 1. Contracts for the sale of goods and the provision of services including the carriage of goods by sea: A battle of concepts

4. The place of performance for the ‘sale of goods’ and the ‘provision of services’ is found in Article 7(1)(b) of the Brussels I Recast Regulation. Guidance is provided in Recital 7 of the preamble to the Rome I Regulation,<sup>10</sup> where it is stated that provisions of Rome I Regulation should be consistent with the Brussels I Recast Regulation.<sup>11</sup> The Rome I Regulation adds to Article 4(1)(b) in Recital 17 that “the concept of ‘provision of services’ and ‘sale of goods’ should be interpreted in the same way as when applying” Article 7(1) of the Brussels I Recast Regulation<sup>12</sup> that sets out the following:

<sup>5</sup> J. CARRASCOSA GONZÁLEZ confirms that the case-law of the CJEU confirms the criteria in paragraph 36 of the judgment of 4 October 2018, *Feniks Sp. z o.o. v Azteca Products & Services SL*, C-337/17, EU:C:2018:805 where a claim against a fraudulent debtor in the context of an *actio pauliana* concerning a concession contract for the sale and after-sale of Dutch vehicles; *Ibid.*, at p. 130.

<sup>6</sup> Regulation (EC) No 593/2008 of the European Parliament and of the Council of 17 June 2008 on the law applicable to contractual obligations, OJ 2008 L 177/6, OJ 2009 L 309/87.

<sup>7</sup> A. BRIGGS, *Civil jurisdiction and judgments*, Informa law from Routledge, 2015 at [2.163].

<sup>8</sup> Convention on the Recognition and Enforcement of Foreign Arbitral Awards (1958 New York Convention), adopted 10 June 1958, entered into force 7 June 1959, 330 UNTS 38. The Convention is in force in 177 Contracting States. The requirements for the validity of the agreement are contained in Article II (“an agreement in writing under which the parties undertake to submit to arbitration all or any differences which have arisen or which may arise between them in respect of a defined legal relationship, whether contractual or not, concerning a subject matter capable of settlement by arbitration”). The substantial requirements under the national law of the Contracting State are found in Article V of the Convention.

<sup>9</sup> 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, OJ 2007 L 199/40.

<sup>10</sup> 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.

<sup>11</sup> See e.g. the judgment of 15 March 2011, *Koelzsch v Grand Duchy of Luxembourg*, C-29/10, EU:C:2011:151.

<sup>12</sup> N. ENONCHONG, “The Law Applicable to Demand Guarantees and Counter-Guarantees”, *Lloyd’s Maritime & Commercial Law Quarterly*, 2015, no. 2, pp. 194-215.

“A person domiciled in a Member State may be sued in another Member State:

- (a) in matters relating to a contract, in the courts for the place of performance of the obligation in question;
- (b) for the purpose of this provision and unless otherwise agreed, the place of performance of the obligation in question shall be:
  - in the case of the sale of goods, the place in a Member State where, under the contract, the goods were delivered or should have been delivered,
  - in the case of the provision of services, the place in a Member State where, under the contract, the services were provided or should have been provided;
- (c) if point (b) does not apply then point (a) applies”;

5. On one hand, contracts for the provision of services that include the carriage of goods are not characterised as international contracts for the sale of goods within the meaning of the first indent of Article 7(1)(b) since their main economic purpose is the provision of services.<sup>13</sup> On the other hand, the second indent of Article 7(1)(b) provides for jurisdiction in favour of the courts where, under the contract, the services were provided or should have been provided.

6. The CJEU has clarified the criteria followed in order to classify the contracts for the sale of goods and the provision of services. The CJEU held in the *Falco* case<sup>14</sup> that “the concept of service implies, at the least, that the party, who provides the service, carries out a particular activity in return for remuneration”.<sup>15</sup> The judge correctly pointed out that services within the meaning of the second indent of Article 7(1)(b) of the Brussels I Recast Regulation have been defined, *inter alia*, as “employment contracts, contracts for the transport of goods, agency contracts to conclude transactions, health services contracts, consultancy contracts, training contracts and the like”.<sup>16</sup> The court followed the doctrine set out by the *Falco* judgment in the *Krejci* case<sup>17</sup> where the storage of goods was also held to be a service.

7. Well-established companies incorporate other elements to the contracts for the provision of services such as the carriage of goods. In these cases, the national judge will rank the hierarchy of functions within the contract. For instance, the contract may be classified as one for the provision of services and the sale and distribution of goods may be ranked in a secondary place. Moreover, the carriage of goods including the carriage of goods by sea could be listed in fourth or fifth place compared to other contractual obligations that the parties shall perform.

8. These contracts for the provision of services including the carriage of goods constitute an expression of an increased accumulation of legal services and management where the contract does not only provide for legal advice. It supersedes the overarching structure of the contract for the carriage

<sup>13</sup> S. ALTMAYER, “Car Trim si sta facendo strada: “contratto di vendita” vs. “contratto di prestazione di servizi” ai fini del foro contrattuale di cui all’art. 5, n. 1, lett. b) Reg. (CE) n. 44/2001”, *Giur. It.*, 2014, pp. 1125-1128; A. DI BLASE, “La giurisdizione competente in materia di compravendita e di prestazione di servizi nel regolamento Bruxelles I”, *Europa e diritto privato*, 2011, pp. 459-480; S. ARNOLD, “Kollisionsrechtliche und international-verfahrensrechtliche Aspekte bei Schadensersatzansprüchen privater Auslandsfonds-Anleger (BGH, S. 563)”, *IPRax*, 2013, no. 6, pp. 525-530; in I. LORENTE MARTÍNEZ, *Competencia judicial internacional y compraventa internacional de mercaderías. Un estudio de metajurisprudencia analítica* (Ph.D. thesis), University of Murcia, 2016, p. 298.

<sup>14</sup> Judgment of 23 April 2009, *Falco Privatstiftung v. Weller-Lindhorst*, C-533/07, EU:C:2009:257.

<sup>15</sup> *Ibid.*, paragraph 29; judgment of 19 December 2013, *Corman-Collins SA v La Maison du Whisky SA*, C-9/12, EU:C:2013:860, paragraph 37; judgment of 10 September 2015, *Holterman Ferho Exploitatie and Others*, C47/14, EU:C:2015:574, paragraph 57; judgment of 15 June 2017, *Saale Kareda v Stefan Benkö*, C-249/16, EU:C:2017:472, paragraph 35; judgment of 8 March 2018, *Saey Home & Garden*, C64/17, EU:C:2018:173, paragraph 38; and judgment of 8 May 2019, *Brian Andrew Kerr v Pavlo Postnov and Natalia Postnova*, C-25/18, EU:C:2019:376, paragraph 39. A license agreement for the concession of intellectual property rights “is not a contract for the provision of services within the meaning” of the second indent of Article 7(1)(b) according to the Opinion of the Advocate General TRSTENJAK delivered on 27 January 2009, *Falco Privatstiftung and Thomas Rabitsch v Gisela Weller-Lindhorst*, C-533/07, EU:C:2009:34, paragraph 75.

<sup>16</sup> *Ibid.*, paragraph 74.

<sup>17</sup> Order of 14 November 2013, *Krejci Lager & Umschlagbetriebs GmbH v Olbrich Transport und Logistik GmbH*, C-469/12, EU:C:2013:788.

of goods by sea.<sup>18</sup> The EU Member State court having jurisdiction to hear the case will apply the EU, international and national rules in force, e.g. general contract law, service provision rules, etc. This affirmation may, however, pose a limitation on party autonomy when the parties to a contract for the carriage of goods have chosen the court and the applicable legal regime to any future dispute arising out of the contract.<sup>19</sup> This process is known as the denaturalisation of contracts.

**9.** The definition of services has not been clarified by the CJEU until the *Corman-Collins*<sup>20</sup> judgment was issued. The Court clarified that the first criterion set out in the *Falco* case, namely the existence of an activity that requires the performance of positive acts, rather than mere omissions, and that the second criterion, namely the remuneration paid as consideration for an activity, is not to be understood strictly as the payment of a sum of money.<sup>21</sup>

**10.** The determination of the place of performance is subject to domestic law since there is no European definition, as held in the *Tessili v Dunlop* case.<sup>22</sup> In this case, the special jurisdiction was decided according to the *lex fori* rules of applicable law. This was the first example where the Court did not insist on an autonomous EU interpretation of a harmonised conflict of laws concept. The reference to domestic law implies determining whether a particular contract is one for the sale of goods or the provision of services. Transport contracts, whether maritime or multimodal, may be categorised under one category depending on the domestic law of the EU Member State in the absence of any harmonisation at the EU level.<sup>23</sup> The place of performance of the obligation, the payment, is determined by national law according to the *Tessili* case. There is still no other autonomous EU interpretation and thus a harmonised place of performance formula outside the scope of Article 7(1)(b) of Brussels I Recast Regulation superseding the *Tessili v Dunlop* judgment.

**11.** However, as in the latter case, the Advocate General in the *Corman-Collins* judgment held that the EU conflicts laws do not qualify contracts and identify their place of performance among the categories of Article 7(1)(b) of the Brussels I Recast Regulation, leaving its characterisation to national courts. Since the category of *services* fell within the precept in this case, the Court did not address this issue. When the *Corman-Collins* judgment was handed down, Article 5(1) of the Brussels I Regulation had already been amended to harmonise the place of performance of contracts for the sale of goods and provision of services. For these contracts, the place of performance of the obligation in question is settled, for instance, if the claim is based on the payment of a price. The connecting factor is the one arising out of the contract for all claims and not just those attached to the connecting factor itself. When the main place of delivery is unidentifiable by the court the claimant may choose sue the defendant at any of the courts where the goods were delivered. The question of whether the first indent of Article 7(1)(b) was applicable to more than one EU Member States or between an EU Member State and a non-EU Member State was left opened by the CJEU.<sup>24</sup>

<sup>18</sup> The standard maritime type-form contracts “developed by large private organisations such as the Baltic and International Maritime Council (BIMCO), the Independent Tanker Owners Association (INTERTANKO) or the International Association of Dry Cargo Ship owners (INTERCARGO) provide no legal certainty in material terms [...]. In the absence of a choice of law, 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 many domestic laws;” J. ECHEBARRÍA FERNÁNDEZ, “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?”, *CDT*, vol. 11, No. 1, 2019, pp. 306-321, at p. 312.

<sup>19</sup> The claimant may rely on the dispute resolution venue agreed in a contract for the carriage of goods by sea, the charter party (C/P), or “the Bill of Lading (B/L) may serve as evidence of the contract of carriage with the charterer or the shipowner depending on the law of the forum where a claimant, such as the shipper may bring a cargo claim;” J. ECHEBARRÍA FERNÁNDEZ (note 18), at p. 317.

<sup>20</sup> Judgment of 19 December 2013, *Corman-Collins SA v La Maison du Whisky SA*, C-9/12, EU:C:2013:860.

<sup>21</sup> N. ENONCHONG (note 12), at p. 203.

<sup>22</sup> Judgment of 6 October 1976, *Industrie Tessili Italiana Como v Dunlop AG*, C-12/76, EU:C:1976:133, paragraph 14.

<sup>23</sup> G. VAN CALSTER, *European Private International Law*, Bloomsbury Publishing, 2016, pp. 140–144.

<sup>24</sup> T. C. HARTLEY, *International Commercial Litigation: text, cases and materials on private international law*, Cambridge University Press, 2015, p. 53.

**12.** The choice of place of performance must comply with the requirements set out in current Article 7(1)(a) of Brussels I Recast Regulation, meaning that the parties' choice has to relate to a *genuine* place of performance. If the parties have agreed to a choice of court that meets the requirements of Article 25 of Brussels I Recast Regulation, that provides for more formal requirements, this will prevail over the less stringent forum requirements contained in Article 7. However, paragraph 4 of *Les Gravières Rhénanes* judgment<sup>25</sup> prescribed that the parties are not entitled “to designate, with the sole aim of specifying the courts having jurisdiction, a place of performance having no real connection with the reality of the contract at which the obligations arising under the contract could not be performed in accordance with the terms of the contract”.

**13.** Finally, the most important element to consider regarding a contract for the provision of services is the performance of a particular requested activity for remuneration. Article 7(1)(b) was drafted as a modification of the general rule of Article 7(1)(a) of the Brussels I Recast Regulation and leads to a creative interpretation of the latter concept. The CJEU proposed a narrower construction of Article 7(1)(b) in the *Falco* judgment defining it as an exception to the general rule of Article 7(1)(a) of the Brussels I Recast Regulation. As BRIGGS suggests, the court was right in ignoring its own doctrine settled in the *Corman-Collins* case, since there “is no obvious need for judicial wariness in relation to Article 7(1)(b) [...] The jurisdictional rule does not call into question one which should be protected from being overshadowed”.<sup>26</sup>

## **2. Distinction between contracts for the sale of goods and contracts for the provision of services including the carriage of goods by sea: The battle goes on**

**14.** One of the factors stressed by the CJEU in the *Car Trim* and *Granarolo*<sup>27</sup> judgments to classify a contract as one for the provision of services or the sale of goods within the first indent of Article 7(1) is based on the characteristic performance. An autonomous assessment of the obligation that characterises the contract must be carried out by the court.

**15.** In the *Car Trim* judgment,<sup>28</sup> the CJEU interpreted the provision of services or sale of goods under Article 7(1)(b) of the Brussels I Recast Regulation, stating that the classification must be based on the obligations that characterise the contract in question. The final destination of the goods<sup>29</sup> was the preferred option chosen by the CJEU to determine for the place of performance, considering the close connection between the forum and the law applicable to the contract. In other words, instead of the transfer of legal title, the physical transfer or handover of the goods to the buyer or its agent is the crucial determinant of the place of performance, paying due regard to contractual terms and the general customs and usages<sup>30</sup> related to trade.<sup>31</sup>

**16.** In any case, the judge has to resort on the applicable law to the contract in order to determine the place of performance of the obligation in question and to find special jurisdiction. In case of execution of the contract, the actual delivery location has priority over the agreed one. The autonomous interpretation of the CJEU has further developed how an EU Member State court must determine the place of performance.<sup>32</sup>

<sup>25</sup> Judgment of 20 February 1997, *Mainschiffahrts – Genossenschaft eG (MSG) v Les Gravières Rhénanes Sarl*, C-106/95, EU:C:1997:70, paragraph 4 of the summary.

<sup>26</sup> A. BRIGGS (note 7), at [2.715].

<sup>27</sup> Judgment of 14 July 2016, *Granarolo SpA v Ambrosi Emmi France SA*, C-196/15, EU:C:2016:559.

<sup>28</sup> Judgment of 24 September 2009, *Car Trim GmbH v KeySafety Systems Srl*, C-381/08, EU:C:2010:90.

<sup>29</sup> *Car Trim* judgment, paragraph 60.

<sup>30</sup> Judgment of 9 June 2011, *Electrosteel Europe SA v Edil Centro SpA*, C-87/10, EU:C:2011:375.

<sup>31</sup> A. BRIGGS (note 7), at [2.179].

<sup>32</sup> More precisely, the Rome I Regulation has done it to a wider extent with regard to the applicable law to civil and commercial contracts. The English version of Article 7 of the Brussels I Recast Regulation defines the “place of performance of the obligation in question” as the one of delivery of goods or provision of services in a Member State “under the contract”. In

17. According to VAN CALSTER,<sup>33</sup> if the delivery does not take place at the consented to place but elsewhere and the defendant contests the jurisdiction, pursuant to Article 7(1)(c), the forum redirects to Article 7(1)(a), which refers “in matters relating to a contract, in the courts for the place of performance of the obligation in question”.

18. The CJEU confirmed the correctness of the *Tessili* in the *Concorde*<sup>34</sup> and *Custom Made*<sup>35</sup> judgments regarding Article 7(1)(a) of the Brussels I Recast Regulation.<sup>36</sup> The switch of paradigm from the applicable law to the contract to the place of delivery of goods or provision of services in order to determine the place of performance of the contract (and the court competent to hear the case) arrived after the *Concorde* judgment.<sup>37</sup> On one hand, Article 7(1)(a) followed the previous criteria set out by the CJEU. On the other hand, the new Article 7(1)(b) of the Regulation introduces the changes following the grounds of the decision and the advice of the Advocate General in the *Concorde* case.<sup>38</sup>

“[...] for the purpose of the *forum contractus*, the court must presume that the place of performance of an obligation is the place where the obligation which characterises the legal relationship in question was performed or was to be performed.”

19. Therefore, a uniform rule is applied if the place where the provision of services was provided is not identifiable in the contract. Such uniform rule displaces the criteria set out in the *Tessili* case without resorting to the applicable law to the contract.<sup>39</sup>

20. “A contract which has as its characteristic obligation the supply of a good will be classified as a ‘sale of goods’ within the meaning of the first indent” of Article 7(1)(b) of the Brussels I Recast Regulation. “A contract which has as its characteristic obligation the provision of services will be classified as a ‘provision of services’ within the meaning of the second indent” of Article 7(1)(b) of the Regulation.<sup>40</sup> The characteristic performance in the *Granarolo* and the *Car Trim* judgment was the supply of goods. The CJEU set out in the *Granarolo* case (concerning commercial distribution contracts) that such classification is applicable to:<sup>41</sup>

“[...] a long-term commercial relationship between two economic operators, where that relationship is limited to successive agreements, each having the object of the delivery and collection of goods.

---

case of divergence between the place of actual delivery of the goods or provision of services and the one agreed to between the parties, the French version of Article 7 seems to suggest that actual delivery or provision of services – or where they were supposed to be performed – takes precedence over the agreed place by the parties: “*devant la juridiction du lieu d’exécution de l’obligation qui sert de base à la demande*”; *Vid. ad. ex.*, I. LORENTE MARTÍNEZ (note 13), pp. 225-232, where the author analyses the term “under contract”.

<sup>33</sup> G. VAN CALSTER (note 23), pp. 140–144.

<sup>34</sup> Judgment of 28 September 1999, *GIE Groupe Concorde and Others v The Master of the vessel "Suhadiwarno Panjan" and Others*, C-440/97, EU:C:1999:456.

<sup>35</sup> Judgment of 29 June 1994, *Custom Made Commercial Ltd v. Stawa Metallbau GmbH*, C-288/92, EU:C:1994:268.

<sup>36</sup> A. BRIGGS (note 7), at [2.178].

<sup>37</sup> For further information on the place of performance in contracts for the sale of goods or the delivery of services, *vid. A. BORRÁS RODRÍGUEZ*, “La competencia de los tribunales internos en materia de obligaciones contractuales (comentario a la sentencia del Tribunal de Justicia de las Comunidades Europeas de 15 de enero de 1987, asunto 266/85)”, *RIE*, 1987, pp. 731-740. pp. 731-740); M. A. CEBRIÁN SALVAT “Las operaciones contractuales complejas en Derecho Internacional Privado Europeo”, *Anuario español de Derecho internacional privado*, 2017, pp. 333-378; 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”, *CDT*, Vol. 8, No 2, 2016, pp. 278-291; *Ibid.*, “Brexity y cláusulas de sumisión en los contratos internacionales”, *CDT*, 2017, pp. 408-418; P. MANKOWSKI, “The role of party autonomy in the allocation of jurisdiction in contractual matters”, in F. FERRARI and F. RAGNO (eds.), *Cross-border litigation in Europe: the Brussels I Recast Regulation as a panacea?*, Padova, CEDAM, 2015, pp. 97-125; A.-L. CALVO CARAVACA and J. CARRASCOSA GONZÁLEZ, *Derecho internacional privado*, vol. II, Comares, 2016, pp. 838-862.

<sup>38</sup> Opinion of Mr. Advocate General RUIZ-JARABO COLOMER of 16 March 1999, *GIE Groupe Concorde and Others v The Master of the vessel "Suhadiwarno Panjan" and Others*, Case C-440/97, EU:C:1999:146, paragraph 103.

<sup>39</sup> A. BRIGGS (note 7), at [2.179].

<sup>40</sup> *Granarolo* case, at paragraph 35. The CJEU refers to the definition provided in the *Car Trim* judgment, paragraph 32.

<sup>41</sup> *Granarolo* case, at paragraph 36.



However, it does not correspond to the general scheme of a typical distribution agreement, characterised by a framework agreement, the aim of which is an undertaking for supply and provision concluded for the future by two economic operators [...]”.

21. The CJEU prescribed in the *Kareda v Benko*<sup>42</sup> case that a commercial distribution contract superseded by a wider relationship between the parties where its main object is not just the supply of goods is not considered a contract for the sale of goods.<sup>43</sup>

### 3. Place of performance as a ground of jurisdiction in contracts for the sale of goods and the provision of services

22. The EU Member State court where the delivery of goods or the provision of services can be ascertained from the facts of the case will have jurisdiction. A lawsuit can be distributed between different EU Member States. However, according to the *Shenavai* judgment,<sup>44</sup> an accumulation of claims is possible when the judge determines the place of performance of a main obligation.<sup>45</sup> The ‘sound administration of justice’ criterion was relevant to determine the place of performance of the obligation in the *Concorde* judgment.<sup>46</sup>

23. The place of performance should be determined according to the nature of the obligations and the proximity to the place of provision of services or where the goods are located. Recital 16 of the Brussels I Recast Regulation echoes the previous statement by setting out that “in addition to the defendant’s domicile, there should be alternative grounds of jurisdiction based on a close connection between the court and the action or in order to facilitate the sound administration of justice. The existence of a close connection should ensure legal certainty and avoid the possibility of the defendant being sued in a court of a Member State which he could not reasonably have foreseen.”<sup>47</sup>

24. First, if there are varied obligations with equal importance the national judge will have to assess its competence only in respect of the obligations to be performed within its national territory lea-

<sup>42</sup> Judgment of 15 June 2017, *Saale Kareda v Stefan Benkö*, C-249/16, EU:C:2017:472. The case involved a loan repayment to a bank between two parties for the purchase of an apartment in Austria.

<sup>43</sup> I. ANTÓN JUÁREZ, “The Challenges of the Transnational Litigation in the European Union: Has the Notion of Matters Relating to a Contract Been Extended Too Much in Brussels I Regulation”, *CDT*, vol.10, no. 1, 2018, p. 530.

<sup>44</sup> See for instance, the judgment of 15 January 1987, *Hassan Shenavai v Klaus Kreischer*, C-266/85, EU:C:1987:11, concerning the claim over the fees due to a German architect by a Dutch customer before the German court. The case follows the judgment of 6 October 1976, *A. De Bloos, SPRL v Société en commandite par actions Bouyer*, C-14/76, EU:C:1976:134. The latter case concerns a claim for the infringement of an exclusive sales concession by the grantor the obligation of the current Article 7(1) of the Brussels I Recast Regulation was defined as “the contractual obligation forming the basis of the legal proceedings [...] which arises under the contract and the non-performance of which is relied upon to support such claims.” The CJEU departed from the traditional interpretation and set out a restricted previous doctrine for employment contracts in the judgment of 26 May 1982, *Roger Ivenel v Helmut Schwab*, C-133/81, EU:C:1982:199. The CJEU defined the obligation of Article 7(1) of the Brussels I Recast Regulation as the one that should be analysed in order to determine the place of performance of the contract, providing jurisdiction to courts where the employee was obliged to perform his obligations. The judgment superseded the previous interpretation under which the employer’s court would have jurisdiction to hear the case since the payment to the employee was the basis of the claim for the non-performed contractual obligation; in U. MAGNUS and P. MANKOWSKI (eds.), *European Commentaries on Private International Law. Brussels I Regulation*, 2<sup>nd</sup> ed., Otto Schmidt, revised ed., 2011, p. 400; U. GRUŠIĆ, *The European Private International Law of Employment*, Cambridge University Press, 2015, pp. 96-98.

<sup>45</sup> A.-L. CALVO CARAVACA and J. CARRASCOSA GONZÁLEZ (note 37), p. 861.

<sup>46</sup> The case in its paragraph 31 provides that: “It is for the national legislature, which has exclusive competence in this field, to define a place of performance which takes fairly into account both the interest of sound administration of justice and the interests of adequate protection for individuals. It may well be that in so far as national law allows, the national court will have to determine the place of performance by reference to the criteria suggested by the referring court - i.e. by identifying, by reference to the obligations undertaken and the circumstances of the case, the place where the thing or service contracted for was, or should have been, provided.”

<sup>47</sup> “This is important, particularly in disputes concerning non-contractual obligations arising out of violations of privacy and rights relating to personality, including defamation” such as the *eDate Advertising* case). Judgment of 25 October 2011, *eDate Advertising GmbH v X and Olivier Martinez, Robert Martinez and MGN Limited*, C-509/09 and C-161/10, EU:C:2011:685 will be analysed in section III (Non-contractual actions under Article 7(2) of the Brussels I Recast Regulation.

ding to multiple proceedings.<sup>48</sup> The CJEU followed the latter approach in the *Leathertex* case,<sup>49</sup> where two obligations were considered of equal importance by the CJEU.<sup>50</sup>

25. Second, if such place is located in a non-EU Member State Article 7(1)(b) of the Brussels I Recast Regulation will not be applicable. Third, if the main place of delivery or provision of services cannot be still detected, the court of any EU Member State where one of the deliveries of goods or provision of services takes place will have jurisdiction to hear the case. The delivery of goods or provision of services within numerous or indefinite States poses major problems in identifying the court to which jurisdiction may be allocated.<sup>51</sup> A list of EU Member State and non-EU Member State places of performance was provided without a definite geographic limit of such places of performance in the *Besix* judgment.<sup>52</sup>

26. The current Article 7(1)(a) of the Brussels I Recast Regulation was not applicable to the *Mora Shipping* case,<sup>53</sup> where the court found that there was no forum agreement determining the place of performance (i.e. the place of payment of the contributions as a result of general average). *Mora Shipping SA*, the claimant, was incorporated in Liberia and domiciled in Liberia and/or Norway while the cargo insurers, the defendants, were domiciled in France, Belgium, the United Kingdom (hereinafter UK) and Switzerland. The express terms of the average guarantee provided that cargo insurers had to pay to the “shipowners or to the Average Adjusters” and the High Court upheld the Court of Appeal’s decision by dismissing the appeal.<sup>54</sup>

27. The case followed previous English case law such as *The Atlas Pride*,<sup>55</sup> where the Court of Appeal of England and Wales considered the borrower as the characteristic performer, i.e. the party that normally performs “certain rights and duties forming the contract, which are normally those requiring a non-pecuniary performance” in onerous contracts.<sup>56</sup> The principle “is no more specific than any of those principles it is intended to supersede (proper law, seat of the relationship between the parties, place of performance, closest connection and hypothetical intention). The different categories shall be established by ascertaining for each of them” the specific characteristic obligation.<sup>57</sup> However, it remains unclear if the borrower or the lender is the characteristic performer according to the CJEU case law while the Rome I Regulation does not provide a definition of habitual residence for natural persons<sup>58</sup> beyond Article 19 that defines the habitual residence of legal entities as the place where a branch, agency or any other establishment is located.

<sup>48</sup> M. A. CEBRIÁN SALVAT, “The Spanish Rules of Residual Jurisdiction in Matters Related to Contract”, *CDT*, vol. 9, no. 2, 2017, pp. 143-144.

<sup>49</sup> Judgment of 5 October 1999, *Leathertex Divisione Sintetici SpA v Bodetex BVBA*, C-420/97, EU:C:1999:483.

<sup>50</sup> A. BRIGGS (note 7), at [2.177].

<sup>51</sup> A.-L. CALVO CARAVACA and J. CARRASCOSA GONZÁLEZ (note 37), p. 858.

<sup>52</sup> Judgment of 19 February 2002, *Besix SA v Wasserreinigungsbau Alfred Kretzschmar GmbH & Co. KG (WABAG) and Planungs- und Forschungsgesellschaft Dipl. Ing. W. Kretzschmar GmbH & KG (Plafog)*, C-265/00, EU:C:2002:99.

<sup>53</sup> Judgment of the Court of Appeal of England and Wales (Civil Division) of 28 July 2005, *Mora Shipping Inc v Axa Corporate Solutions Assurance SA and others*, [2005] EWCA Civ 1069, 2 Lloyd’s Rep 769.

<sup>54</sup> A. BRIGGS (note 7), at [2.182].

<sup>55</sup> A Greek shipowner resident in the United States since 1995 advanced payments for salvage operations to a Greek salvage group. The day after the Greek shipowner instituted proceedings in England for repayment of the disbursed amounts the defendant started proceedings in Greece. The Greek shipowner did not appear at court in Greece and was not notified in about the proceedings in his new address but in London where he ceased to reside in 1992. The Court of Appeal did not recognise and enforce the Greek judgment since the defendant “was not given the opportunity to defend himself at the hearing by being notified of the proceedings” according to Article 34(2) of the Brussels I Regulation; Judgment of the Court of Appeal of England and Wales (Civil Division) of 9 March 2006, *Tavoulaareas v Alexander G Tsavliris & Sons Maritime Co (The Atlas Pride)* (No 2) [2005] EWHC 2643 (Comm); [2006] 1 All ER (Comm) 130; See A. BRIGGS (note 7), at [5.22].

<sup>56</sup> F. VISCHER, “The Principle of the typical performance in International contracts and the draft Convention,” in K. LIPSTEIN (ed.), *Harmonization of Private International Law by the EEC*, University of London, 1978, pp. 25-30, at p. 27.

<sup>57</sup> K. LIPSTEIN, “Characteristic Performance - A New Concept in the Conflict of Laws in Matters of Contract for the EEC”, *Northwestern Journal of International Law and Business*, 1981, no. 3, pp. 402-414, at p. 409.

<sup>58</sup> P. STONE, *EU private international law*, Edward Elgar Publishing, 2014, pp. 308-309.

#### 4. A particular case: multiple places of performance with special regard to multimodal transport

28. When the delivery of goods or provision of services takes place in the same EU Member State according to the contract, jurisdiction is allocated to the court where of the main delivery of goods or provision of services. If such place cannot be identified any of those courts may have special jurisdiction<sup>59</sup> following the *Color Drack*<sup>60</sup> or the High Court of England and Wales' *Canyon Offshore*<sup>61</sup> cases.

29. In the *Color Drack* case, the CJEU held, concerning special jurisdiction, that in case of multiple places of delivery in the same EU Member State, a close linking factor is required between the contract and the court hearing the case in order to ensure an efficient organisation of the proceedings. As there were different places of delivery in that case, the national court had to determine the *main* place of delivery by resorting on pecuniary criteria. If there was no principal place of delivery, a claimant would have the possibility of suing the defendant in the court of any place of delivery. The chosen court will then hear all issues connected with the contract by applying Article 7(1)(b) of the Brussels I Recast Regulation. However, if the place of principal delivery cannot be determined and there is only a partial special jurisdiction, the court seized will avoid this problem by finding a main place of delivery or the place of the main obligation if there is more than one.

30. The High Court of England & Wales' *Canyon Offshore*<sup>62</sup> case shows the limitations and problems of the rule in Article 7(1) of the Brussels I Recast Regulation since the claimant was allowed to choose between starting proceedings in England or Scotland.<sup>63</sup> "If the advantages gained by the party performing the activity have an economic value that may be regarded as constituting remuneration".<sup>64</sup> There are two criteria to be fulfilled as laid down in the decisions of the CJEU: one party as the seller and shipper carries out a number of activities the involve the performance of positive acts, including the transport of goods, in return for remuneration by performing such acts. In the current case, the issuing bank performed a series of activities that constituted "the performance of positive acts" in exchange for a commission. ENONCHONG disagrees with the CJEU's requirement that contractual counterpart (the beneficiary) must pay the remuneration, since the instructing bank is the one that provides for it. However, "it is submitted that it is not a requirement [...] that the remuneration be provided by the other contracting party for a contract to be classified as one for the provision of services". The remuneration should be transferred by the other contracting party<sup>65</sup> since this would be contrary to the "commercial reality" and "the broad approach adopted by the CJEU"<sup>66</sup> in its case law.<sup>67</sup> The court with special jurisdiction will be the single place where the goods have been delivered. When the judge cannot determine such place, the claimant may start proceedings in any of the multiple places of performance if they are located in one EU Member State.

31. All in all, Article 7(1)(b) of the Brussels I Recast Regulation will not be applicable if the parties submit any future dispute to a concrete forum or when the analytical-distributive method<sup>68</sup> is not

<sup>59</sup> A.-L. CALVO CARAVACA and J. CARRASCOSA GONZÁLEZ (note 37), p. 859.

<sup>60</sup> Judgment of 3 May 2007, *Color Drack GmbH v Lexx International Vertriebs GmbH*, C-386/05, EU:C:2007:262.

<sup>61</sup> The English and Scottish courts had special jurisdiction since the obligation could be performed both in England or Scotland in the *Canyon Offshore* case, *op. cit.* note 41, [2014] EWHC 3810 (Comm) case; A. BRIGGS (note 7), at [2.182].

<sup>62</sup> Judgment of the England and Wales High Court (Commercial Court) of 27 November 2014, *Canyon Offshore Ltd v GDF Suez E&P Nederland BV* [2014] EWHC 3810 (Comm).

<sup>63</sup> G. VAN CALSTER (note 23), pp. 140–144.

<sup>64</sup> N. ENONCHONG (note 12), at p. 203.

<sup>65</sup> Regarding the English contractual law requirement of 'consideration', see e.g., the judgment of the England and Wales High Court of 5 February 1842, *Thomas v Thomas* [1842] 2 QB 851, 859, and the judgment of 7 June 1861, *Tweddle v Atkinson* [1861] 1 B & S 393, 398; 121 ER 762.

<sup>66</sup> N. ENONCHONG (note 12), at p. 203.

<sup>67</sup> Especially in the *Corman-Collins SA* case.

<sup>68</sup> The analytical-distribute method follows the "direct solutions" contained in Article 7(1) of the Brussels I Recast Regulation according to the applicable law of the contract (normally designated by the 'conflict rules' of the court's Private International Law) in order to ascertain the place of execution of the allegedly unfulfilled obligation; the parties' freedom of will to designate a concrete forum to solve any future dispute; and the place of performance of the main obligation where all

applicable to contracts that are neither sale of goods nor provision of services (as stated in the *Brogssitter* case).<sup>69</sup> Moreover, Article 7(1)(b) is not applicable when the parties agree that the delivery of goods or delivery of services are in a non-EU Member State.<sup>70</sup>

**32.** How should a national EU Member State judge ascertain a single place of delivery of the goods or the provision of services if they are located in multiple EU Member States? It is “arguable, if not yet completely clear, that the claimant may sue in any one of those EU Member States in relation to the whole of the delivery”.<sup>71</sup> However, this would lead to multiple proceedings in the 28 EU Member States and the 4 European Free Trade Association (EFTA) Member States where the Lugano Convention is applicable.

**33.** When there is a *sufficient link* between more than one EU Member State and the main place of delivery or provision of services does not correspond to a single EU Member State court, the CJEU’s case law allocates jurisdiction to any of those courts as shown in the *Rehder* case.<sup>72</sup> In this case, involving a passenger’s claim against an airline, the court took a pragmatic approach after ruling out the possibility of applying the ‘centre of gravity’ approach.<sup>73</sup> The contract provided for two ‘centres of gravity’, the place of embarkation and disembarkation, and the CJEU left the option of where to start proceedings between the two places at the claimant’s choice. Such choice is applicable to the provision of services including the carriage of goods between two different EU Member State courts.<sup>74</sup> The buyers can start proceedings at the courts of the seller’s domicile or where the goods have been delivered, which are normally the buyer’s place of business.<sup>75</sup>

**34.** Multimodal transportation has been an object of analysis by the CJEU case law. The absence of uniform international instruments<sup>76</sup> containing rules for jurisdiction and applicable law regarding multimodal transport has reinforced the *vis attractiva* of the Brussels I Recast Regulation and the Rome I and II Regulations. No international instrument related to multimodal transportation would be applicable with preference over the general EU law instruments under the so-called ‘rule of specialty’ (*lex specialis derogat legi generali*)<sup>77</sup> is in force.

---

the secondary claims may be accumulated. The analytical-distributive method is not applicable when the obligation has to be complied in multiple places, lacks of a place of execution or in case of biased use of Article 7(1)(a) by judges leading to an abusive application of national law.

<sup>69</sup> Judgment of 13 March 2014, *Marc Brogssitter v Fabrication de Montres Normandes EURL and Karsten Fräßdorf*, C-548/12, EU:C:2014:148.

<sup>70</sup> A.-L. CALVO CARAVACA and J. CARRASCOSA GONZÁLEZ (note 37), pp. 860, 861, and 863.

<sup>71</sup> A. BRIGGS (note 7), at [2.181].

<sup>72</sup> Judgment of 9 July 2009, *Peter Rehder v Air Baltic Corporation*, C-204/08, EU:C:2009:439.

<sup>73</sup> The CJEU provides for the ‘centre of gravity’ approach in default of the following criteria set out in the *Wood Floor Solutions Andreas Domberger GmbH v Silva Trade SA*, C-19/09, EU:C:2010:137 case concerning commercial agency contracts in which services were provided in various EU Member States. The CJEU applied the same presumption of Article 7 of the Brussels I Recast Regulation and guided the domestic court as to the location of the place of performance. The CJEU has ranked the criteria to be followed by EU courts in order to determine the place of performance starting by the single place of provision, followed by the place where the service provider (e.g. a commercial agent) has its domicile and finally, by resorting on the place where the duties related to an employment took place. The CJEU follows the requirements set out in the judgment of 13 July 1993, *Mulox IBC Ltd v Hendrick Geels*, C-125/92, EU:C:1993:306, and the judgment of 9 January 1997, *Petrus Wilhelmus Rutten v Cross Medical Ltd*, C-383/95, EU:C:1997:7.

<sup>74</sup> A. BRIGGS (note 7), at [2.180].

<sup>75</sup> T. C. HARTLEY (note 24), p. 61.

<sup>76</sup> For instance, the following Conventions are still not in force: the United Nations Convention on International Multimodal Transport of Goods (“Multimodal Convention”) of 24 May 1980, U.N. Doc. TD/MT/CONF/17; and the 2008 Convention on Contracts for the International Carriage of Goods Wholly or Partly by Sea (“Rotterdam Rules”) of 11 December 2008. The final text of the Convention is annexed to General Assembly Resolution 63/122, U.N. Doc. A/RES/63/122.

<sup>77</sup> See Article 71 of the Brussels I Recast Regulation, Article 25 of the Rome I Regulation and Article 28 of the Rome II Regulation. The *rule of specialty* makes applicable certain specialised maritime Conventions containing jurisdiction provisions prevalent over the Regulation following Article 57 of the Convention of 27 September 1968 on jurisdiction and the enforcement of judgments in civil and commercial matters OJ 1972, L 299/32, consolidated text of 26 January 1998 [1998] OJ 1998 C 27/1 (Brussels Convention); *Vid.* J. ECHEBARRÍA FERNÁNDEZ (note 18), at p. 309. However, this article does not tackle in depth the

**35.** The latest CJEU's case law development related to the subject matter is found in the *Zurich Insurance* case.<sup>78</sup> The most striking factor that entails a limitation to party autonomy is found in the Opinion of the Advocate General TANCHEV, where "it is for the national courts to decide whether a dispute falls within the scope of the CMR<sup>79</sup> (in case of transport of goods by land), and, in the present case, the [...] Court of Appeal [of] Vaasa held that the CMR was not applicable *ratione materiae* because the case entails combined transport".<sup>80</sup> Any submission agreement to a specific court contained in a contract for the carriage of goods by road or by sea may not be enforceable in case of multimodal transport. The 'rule of specialty' operates by giving force to the international Conventions that stipulate the possibility of the parties' agreeing on non-exclusive or exclusive agreements.<sup>81</sup> However, when an exclusive jurisdiction agreement pursuant to Article 25 of the Brussels I Recast Regulation is not included in the contract for the provision of services in case of multimodal transport, the court having jurisdiction will be the one of the "place where a service is provided in connection with a contract for the carriage of goods".

**36.** The Finnish Supreme Court referred the following question to the CJEU for preliminary ruling: 'How are the place or places where the service is provided to be determined in accordance with the second indent of Article 5(1)(b) of Council Regulation (EC) No 44/2001 in a case involving a contract for the carriage of goods between Member States in which the goods are conveyed in several stages and by different means of transport?'<sup>82</sup> The CJEU held that "the place in a Member State where, under the contract, the services were provided or should have been provided" under the second indent of Article 7(1)(b) of the Brussels I Recast Regulation (in case of services provided in different EU Member States) is understood "as the place with the closest linking factor between the contract and the court having jurisdiction, which, as a general rule, will be at the place of the main provision of services".<sup>83</sup>

---

liability regime set out by "the conventions to which the Member State are parties and which, in relation to particular matters, govern jurisdiction or the recognition or enforcement of judgments" according to Article 71 of the Brussels I Recast Regulation. The Hague-Visby Rules, The 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, 120 LNTS 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', 1412 UNTS 121, and the last Protocol amending the Hague-Visby Rules signed in Brussels on 21 December 1979 ('SDR Visby Protocol' switching from franc Poincaré (gold) to Special Drawing Rights of the International Monetary Fund) UNTS 146, are mandatorily applicable where enacted. These Rules are only applicable to a B/L but not a charter party (C/P). They regulate the liability regime in case of cargo claim. International maritime Conventions also offer limitations in their territorial scope of application. Some Member States (Romania, Hungary, Czech Republic and Austria) are parties to international Conventions such as the Hamburg Rules (The United Nations Convention on the Carriage of Goods by Sea approved in Hamburg, 30 March 1978 that entered into force on 1 November 1992) while most are not.

<sup>78</sup> Judgment of the 11 July 2018, *Zurich Insurance plc and Metso Minerals Oy v Abnormal Load Services (International) Ltd*, C-88/17, EU:C:2018:558.

<sup>79</sup> Convention of 19 May 1956 on the Contract for the International Carriage of Goods by Road (CMR), 399 UNTS 189 CMR.

<sup>80</sup> Opinion of the Advocate General TANCHEV delivered on 10 April 2018 prior to the *Zurich Insurance* judgment, C-88/17, EU:C:2018:224, at paragraph 25. Moreover, the Advocate General SAUGMANDSGAARD ØE, in his Opinion of 20 June 2019 regarding the case *Adriano Guaitoli and Others v easyJet Airline Co. Ltd*, C-213/18, EU:C:2019:524 (an analogous case involving the carriage of passengers by air) highlights at paragraph 43 that "since the rights based respectively on the provisions of Regulation No 261/2004 and of the Montreal Convention (Convention for the Unification of Certain Rules for International Carriage by Air of 28 May 1999) fall within different regulatory frameworks, the rules on international jurisdiction provided for in that Convention do not apply to applications made on the basis of Regulation No 261/2004 alone, which must be examined in the light of Regulation No 44/2001." The Advocate General refers to paragraph 46 of the judgment of 10 March 2016, *Flight Refund Ltd v Deutsche Lufthansa AG*, C-94/14, EU:C:2016:148, and paragraphs 27 and 28 of the *Rehder* judgment.

<sup>81</sup> The Hague-Visby Rules do not provide for jurisdiction or arbitration rules. The international maritime Conventions set out a variety of possibilities to initiate proceedings but do not include exclusive jurisdiction clauses.

Articles 21 and 22 of the Hamburg Rules contain jurisdiction and arbitration rules, respectively. The still not in force Rotterdam Rules (only Spain has ratified within the EU) will allow exclusive jurisdiction and arbitration agreements (Articles 67 and 72, respectively) but strictly for volume contracts that fulfil the requirements of Article 80 ('Special rules for volume contracts'). In the absence of an exclusive agreement, the defendant has the possibility to choose between the seats prescribed by Articles 66 ('Actions against the carrier') or 68 ('Actions against the maritime performing party'). Among the Conventions presented above, only the Hamburg Rules may override the jurisdictional rules contained in Brussels I Recast Regulation.

<sup>82</sup> Paragraph 13 of the *Zurich Insurance* case.

<sup>83</sup> *Zurich Insurance* judgment at paragraph 16 referring to the *Wood Floor* case at paragraph 40.

37. The relevant doctrine of the *Rehder* case is transposable to this case where goods were transported from Finland to the UK by lorry and ship. The relevant places to consider are the place of departure where the goods are dispatched by the consignor to the haulier and the place of destination where the goods have to arrive in perfect condition and in time, excluding “places where there is a lack of a ‘sufficient link to the essential nature of the services resulting from [the relevant] contract’”,<sup>84</sup> i.e. the intermediate stops in between. The contract for the provision of services is incardinated in the second indent of Article 7(1)(b) of the Brussels I Recast Regulation and encompasses different means of transport between EU Member States, “in several stages, with stops”. “Both the place of dispatch and the place of delivery of the goods constitute places where transport services are provided [...]”.<sup>85</sup>

## 5. Place of performance, INCOTERMS and contracts for the sale of goods

38. The International Chamber of Commerce’s INCOTERMS establish a number of pre-defined contractual obligations. They constitute part of the *‘lex mercatoria’*. The role of the INCOTERMS or terms of sale has been reduced to avoid contractual segmentation into a bundle of contracts. In the UK and other Common law jurisdictions it constitutes a choice of law. However, for the European continental law and the Rome I Regulation it does not.<sup>86</sup> The INCOTERMS have not been always accepted by the CJEU as a valid agreement for ‘place of performance’ within the meaning of Article 7 of the Brussels I Recast Regulation.

39. In the *Rhoonse Recycling* case,<sup>87</sup> the CPT (“Carriage Paid To”) INCOTERM was interpreted by the CJEU as referencing costs and not the place of delivery. In addition, in the *Cimtrode* case,<sup>88</sup> concerning an Ex Works (EXW) INCOTERM as part of the contractual agreement, the court determined that it should be interpreted in accordance with the *lex causae*. A verbal agreement was not deemed to form part of the contract when it was not confirmed in writing but was a later reference to standard terms and conditions on invoices sent during the execution of the agreement as a confirmation of a jurisdiction agreement.<sup>89</sup> This does not mean that the CJEU underestimates the relevance of INCOTERMS, as suggested in the *Electrosteel* case.<sup>90</sup>

“In order to verify whether the place of delivery is determined ‘under the contract’, the national court seized must take account of all the relevant terms and clauses of that contract which are capable of clearly identifying that place, including terms and clauses which are generally recognised and applied through the usages of international trade or commerce, such as the Incoterms drawn up by the International Chamber of Commerce [...]. If it is impossible to determine the place of delivery on that basis, without referring to the substantive law applicable to the contract, the place of delivery is the place where the physical transfer of the goods took place, as a result of which the purchaser obtained, or should have obtained, actual power of disposal over those goods at the final destination of the sales transaction”.

40. The parties agree on the place of delivery of goods according to Article 7(1)(b) of the Brussels I Recast Regulation that serves to determine jurisdiction. However, in case of no agreement, Article 7(1)(a) is applicable and the judge will apply the law applicable to the contract to determine the place of compliance with the obligation that serves as the basis for the claim. As it has been recalled from the CJEU’s case law, the characteristic performance under the contract and not the litigious obligation are taken into consideration to determine the competent court.<sup>91</sup> The court of the place of the State where

<sup>84</sup> Opinion of the Advocate General TANCHEV delivered on 10 April 2018 prior to the *Zurich Insurance* judgment, C-88/17, EU:C:2018:224, at paragraphs 50-53 referring to paragraph 33 of the *Wood Floor* case.

<sup>85</sup> *Zurich Insurance* case at paragraph 25.

<sup>86</sup> J. ECHEBARRÍA FERNÁNDEZ (note 18), at pp. 312-313.

<sup>87</sup> Judgment of the Court of Rotterdam of 15 July 2015, *Rhoonse Recycling & Service BV v BSS Heavy Machinery GmbH*, C/10/473788 / HA ZA 15-350, NL:RBROT: 2015: 5292.

<sup>88</sup> Judgment of the Dutch Court of Appeal (*Hertogenbosch*) of 1 September 2015, *Cimtrode The Electrode Company GmbH v Carbide BV*, HD 200.133.747 / 01, NL:GHSHE [2015] 3396.

<sup>89</sup> G. VAN CALSTER (note 23), pp. 140-144.

<sup>90</sup> See the *Electrosteel* case, paragraph 26, concerns Ex Works (EXW) INCOTERMS.

<sup>91</sup> H. GAUDEMÉT-TALLON, *Compétence et execution des jugements en Europe. Règlement n° 44/2001, Conventions de*

the goods have been delivered or must be delivered is competent to hear all the disputes arising from the contract for the international sale of goods, regardless of the unfulfilled obligation.<sup>92</sup> However, the CJEU did not follow the *Tessili* doctrine in the *Electrosteel* case where the judge had to find the applicable law according to its conflict of laws rules and the material place of performance of the contract according to the *lex contractus*.<sup>93</sup>

**41.** It shall be noted that the United Nations Convention on Contracts for the International Sale of Goods (hereinafter CISG)<sup>94</sup> prevails over the Rome I Regulation as the special international instrument to determine certain “applicable substantive or material rules” to contracts for the international sale of goods. The Rome I Regulation serves as a conflict norm in order to determine the issues out of the scope of the CISG such as the existence or validity of the contract or procedural matters.

**42.** Parties are free to choose the applicable law to their contract according to Article 3 of the Rome I Regulation and in the absence of that agreement, the law of the habitual residence of the seller is the applicable one according to Article 4(1)(a) of the Rome I Regulation. However, the CISG prevails over the Rome I Regulation<sup>95</sup> in determining certain substantive laws applicable to the contract for sale of goods (under the *lex specialis derogat legi generali* principle) when the parties have their place of business in different Contracting States according to Article 1(1)(a) of the CISG or “when the rules of private international law lead to the application of the law of a Contracting State” under Article 1(1)(b) of the CISG. In fact, the CISG does not point to the applicable law, but only to some “applicable substantive rules”. The drawn distinction is important since every contract has its regulatory law and the application of the CISG it does not undermine that assumption.

**43.** Article 6 of the CISG allows the contracting parties to totally or partially exclude the application of the CISG. The matters not expressly settled by the CISG shall be governed “in conformity with the law applicable by virtue of the rules of private international law” *ex* Article 7(2) of the CISG. Article 31(a) of the CISG sets out a harmonised solution for contracts of sale involving the carriage of goods in line with international trade:

“If the seller is not bound to deliver the goods at any other particular place, his obligation to deliver consists:

(a) if the contract of sale involves carriage of the goods—in handing the goods over to the first carrier for transmission to the buyer;”

**44.** Article 9 of the CISG makes the INCOTERMS applicable with prevalence to the CISG since the “parties are bound by any usage to which they have agreed”, the “practices which they have established between themselves”, or any “usage of which the parties knew or ought to have known” in the type of international trade concerned.<sup>96</sup> However, an EU Member State court’s judge must interpret the trade

---

*Bruxelles et de Lugano*, 3<sup>rd</sup> ed., LGDJ, 2002, p. 198; V. HEUZÉ AND P. MAYER, *Droit international privé*, 8<sup>th</sup> ed., Montchrestein, 2004, p. 339.

<sup>92</sup> C. M. RADTKE, “Le juge du lieu de livraison”, *Revue Lamy droit des affaires*, no. 64, 2011, pp. 63-65, at p. 63; see the CJEU’s case law in the *Color Drack*, *Rehder* and *Car Trim* judgments.

<sup>93</sup> C. BRUNEAU, “Les règles européennes de compétence en matière civile et commerciale. Règl. Cons. CE n° 44/2001, 22 déc. 2000”, *JCP*, vol. I, 2001, no. 11, pp. 533-541, in E. CASTELLANOS RUIZ, “El valor de los Incoterms para precisar el juez del lugar de entrega”, *CDT*, vol. 4, 2012, no. 2, pp. 93-122, at pp. 95-96.

<sup>94</sup> United Nations Convention on Contracts for the International Sale of Goods (CISG), adopted in Vienna on 11 April 1980, 1489 UNTS 3, 19 ILM.

<sup>95</sup> Article 90 of the CISG states that the convention does not preclude the application of any other international instrument “which contains provisions concerning the matters governed by this Convention, provided that the parties have their places of business in States parties to such agreement”. Moreover, Article 25 of the Rome I Regulation and Article 28 of the Rome II Regulation allow for the application of the specialised CISG convention on the international sale of goods setting out that the Regulations “shall not prejudice the application of international conventions to which one or more Member States are parties at the time when this Regulation is adopted and which lay down conflict-of-law rules relating to” “contractual” and “non-contractual obligations”.

<sup>96</sup> *Vid.* E. CASTELLANOS RUIZ (note 93), at pp. 97-99.

customs and usages when ascertaining the place of delivery of the cargo according to Article 7(1)(b) of the Brussels I Regulation. Article 25 of the Brussels I Recast Regulation presupposes their contractual validity, which is determined by the applicable law.<sup>97</sup> The INCOTERMS constitute an expression of the freedom of will of the parties and shall be consistently interpreted in relation to Article 7(1)(b) that points to the place where the goods are delivered “under the contract”.<sup>98</sup> However, CASTELLANOS RUIZ points out that it would have been preferable that the CJEU followed Article 9(2) of the CISG where “the parties are considered, unless otherwise agreed, to have impliedly made applicable to their contract or its formation a usage that the parties knew or ought to have known and which in international trade is widely known and regularly observed by the parties to the type of contracts in the particular trade concerned”.<sup>99</sup>

45. Nevertheless, the CJEU disagreed with the possibility of relying on the applicable law in order to determine the place of delivery of the goods according to Article 7(1)(b) of the Brussels I Recast Regulation.<sup>100</sup> Paragraph 22 of the *Electrosteel* judgment set out that:

“[...] in order to determine [...] the place of delivery” the national court “must take into account all the relevant terms and clauses in that contract, including [...] the terms and clauses generally recognised and applied in international commercial usage, such as the Incoterms, in so far as they enable that place to be clearly identified”.

46. According to paragraph 40 of the Opinion of the Advocate General KOKOTT delivered on 3 March 2011 (EU:C:2011:116) regarding the *Electrosteel* case: “The Ex Works clause would also be readily capable of determining the place of delivery because it describes not only the transfer of risk [...], but also the place of delivery [...] in the sense that it is a pure collection term. [...] The place of delivery and performance within the meaning of Article 5(1)(b) of Regulation No 44/2001 can be determined by the ‘Ex Works INCOTERM’ effectively incorporated into the contract [...]”.<sup>101</sup>

47. The CJEU makes a controversial statement when it confirms that the parties can freely agree on the place of delivery, provided that this place of delivery can be inferred from the contract “without reference to the substantive law applicable to the contract”.<sup>102</sup> “The ‘Ex Works’ clause would also be readily capable of determining the place of delivery because it describes not only the transfer of risk [...], but also the place of delivery [...] in the sense that it is a pure collection term”.<sup>103</sup> The principle of “pragmatic determination of the place of enforcement” under which the purchaser receives the physical possession of the transferred goods is applicable only in the absence of an agreement on the place of delivery.<sup>104</sup>

48. Courts have to make reference to all relevant terms and conditions in an agreement in order to determine the place of delivery under the first indent of Article 7(1)(b) of the Brussels I Recast Regulation. The defendant in the *Granarolo* case alleged that the ‘Ex Works INCOTERM’ included in the invoices should be taken into account when designating the place of delivery of the goods.<sup>105</sup> The CJEU confirmed that:<sup>106</sup>

<sup>97</sup> G. KAUFMANN-KOHLER, *La clause d’élection de for dans les contrats internationaux*, Bâle, 1980; MAGNUS, “Article 23 Brussels I” in U. MAGNUS and P. MANKOWSKI (note 44), pp. 436-514.

<sup>98</sup> *Vid.* C. M. RADTKE (note 92), at p. 63.

<sup>99</sup> *Vid.* E. CASTELLANOS RUIZ (note 93), at pp 95-96.

<sup>100</sup> See the criticism offered by D. MARTEL, “Le rôle des usages commerciaux internationaux dans la détermination du lieu de livraison des marchandises”, *La Semaine Juridique - édition générale*, 2011, n° 38, 2011, pp. 1659-1662, at p. 1661; in E. CASTELLANOS RUIZ (note 93), at p. 117.

<sup>101</sup> C. SILVESTRI, “Ancora sul forum contractus nel Reg. n.44/2001: il valore delle previsioni contrattuali e delle clausole d’uso del commercio internazionale nell’individuazione del “luogo di consegna” ai sensi dell’art. 5, n. 1, lett.b)”, *Int’l Lis*, 2011, pp. 127-130.

<sup>102</sup> Paragraph 16 of the *Electrosteel* judgment referring to paragraph 55 of the *Car Trim* case.

<sup>103</sup> Paragraph 40 of the *Electrosteel* case.

<sup>104</sup> *Ibid.*, paragraphs 47 and 48.

<sup>105</sup> I. ANTÓN JUÁREZ (note 43), pp. 530.

<sup>106</sup> *Granarolo* case, paragraph 36.



“[...] If any contract concluded orally or tacitly were classified as a contract for the sale of goods, the referring court would then have the task of ascertaining whether the indication ‘Ex works’ [...] does in fact appear systematically in the successive contracts between the parties. If that is the case, the goods will have to be regarded as delivered at Granarolo’s plant in Italy and not in France, at Ambrosi’s seat”.

**49.** The CJEU stresses the importance of the INCOTERMS and enhances party autonomy by allowing the choice of a clear and precise place of delivery of goods taking all the contract clauses into consideration. The *Electrosteel* judgment overcomes the limitations found in the *Car Trim* case by allowing the judge determining the place of delivery of the goods for the purposes of determining the jurisdiction of the court where the goods are delivered, according to Article 7(1)(b) of the Brussels I Recast Regulation. However, the substantive law of the EU Member State cannot serve to determine the place where the goods have been delivered in the absence of an INCOTERM. The CISG is applicable to all EU Member States excluding the UK, Ireland, Portugal and Malta.

**50.** Without further reference to the substantive law applicable to the contract, according to the CJEU, the key element to be considered is where the physical transfer of the goods took place, as the purchaser obtained or should have obtained the actual power to dispose of the goods at the final destination of the sales transaction. The CISG or the Rome I Regulation is not applicable to determine the place of delivery of goods through an INCOTERM under Article 7(1)(b) of the Brussels I Recast Regulation.

**51.** This author disagrees with CASTELLANOS RUIZ in criticising the *Electrosteel* case where the CJEU prevents the national judge from applying the substantive law in order to determine the place of delivery of the goods under the so-called ‘*Car Trim* formula’. The reasoning is the following: Certain authors such as SALERNO<sup>107</sup> follow the “thesis of the relevance of the CISG as a legal instrument to provide for jurisdiction in the context of Article 7(1) of the Brussels I Recast Regulation”. They defend the criteria set out by Article 31(a) of the CISG under which the relevant place for the delivery of the goods is where the first carrier takes possession of the goods and not the place of delivery according to Article 7(1)(b) of the Brussels I Recast Regulation.

**52.** However, the predominant theory, followed by the CJEU, contradicts the previous one since it would favour the seller to the detriment of the buyer. According to DI BLASE, the most relevant element is the place of delivery determined by the contract and not the one provided by CISG even if the Convention constitutes the substantive law applicable to the contract.<sup>108</sup> The Brussels I Recast Regulation does not explicitly mention the CISG in its Article 7. The CJEU has ignored any reference to CISG when determining the place of delivery.<sup>109</sup> The CJEU has accepted, nevertheless, the “theory of the hermeneutic value” of the CISG in order to interpret substantive legal concepts contained in the Brussels I Recast Regulation such as “purchase and sale of goods” or “provision of services” but not concepts such as place of delivery to determine the international jurisdiction.<sup>110</sup>

**53.** It is widely understood that the most efficient solution in order to determine jurisdiction relies on party autonomy. The parties have the power to determine the court where they will solve any dispute arising out of the contract according to Articles 25 and 26 of the Brussels I Recast Regulation.<sup>111</sup> This is the most efficient solution since the parties are better informed about their contractual relationship than the judge.

<sup>107</sup> F. SALERNO, “Le conseguenze della proposta di regolamento “Roma I” sulla legge italiana di diritto internazionale privato”, in G. CARELLA (ed.), *Il nuovo diritto europeo dei contratti, dalla Convenzione di Roma al regolamento “Roma I”*, Milan, 2007, pp. 179-195; in A.-L. CALVO CARAVACA and J. CARRASCOSA GONZÁLEZ (note 37), p. 850.

<sup>108</sup> A. DI BLASE, “La giurisdizione competente in materia di compravendita e di prestazione di servizi nel Regolamento Bruxelles I”, *Europa e Diritto Privato*, no. 2, 2011, pp. 459-479; in A.-L. CALVO CARAVACA and J. CARRASCOSA GONZÁLEZ (note 37), p. 850.

<sup>109</sup> *Car Trim* judgment, paragraphs 58-60.

<sup>110</sup> *Ibid.*, paragraphs 34-39; in A.-L. CALVO CARAVACA and J. CARRASCOSA GONZÁLEZ (note 37), pp. 850-851.

<sup>111</sup> *Vid.* E. CASTELLANOS RUIZ (note 93), at p. 118.

### III. Non-contractual actions under Article 7(2) of the Brussels I Recast Regulation

54. The criteria set out by the CJEU regarding the place of performance in contracts for delivery of goods or the provision of services are not applicable when the claimant starts proceedings in tort, delict or quasi-delict of Article 7(2) and party autonomy will be diminished. Neither a binding jurisdiction agreement fulfilling the criteria set out by Articles 25 and 26 of the Brussels I Recast Regulation, nor a valid arbitral agreement complying with the national legislation in force (in most of the countries, the New York Convention)<sup>112</sup> will be enforceable in an EU Member State court in such case.

55. A distinction must be drawn between the different proceedings where special jurisdiction may be an issue that can be brought under the Brussels I Recast Regulation: on one hand, the previously analysed actions concerning the “validity or invalidity of the contract” of Article 7(1); on the other hand, the “proceedings which seek compensation or other payment because of fault in negotiating or in failing to negotiate a contract, or a response to a wrong which induced another to enter into a contract (*culpa in contrahendo*)” of Article 7(2).<sup>113</sup> Preventive actions are also included within the meaning of Article 7(2) of the Brussels I Recast Regulation,<sup>114</sup> Their territorial scope of application in jurisdictions like Spain remains unclear.<sup>115</sup>

56. How is the court having jurisdiction determined in case of multiple places where a harmful event occurs? The CJEU has harmonised the accumulation of actions in tort based on actions pending in EU Member State courts according to Article 7(2) of the Brussels I Recast Regulation.<sup>116</sup> There is a lack of harmonisation between the civil law of EU Member States and the *lex causae* of each characterises the type of claim arising out of every tortious claim.<sup>117</sup>

57. The *Brogstetter* case<sup>118</sup> reinforced the CJEU’s criteria related to actions in tort under national law. These actions should be distinguished from “matters relating to a contract” within the scope of Article 7(1)(a) of the Brussels I Recast Regulation. The CJEU held in the *Granarolo* case that the claimant cannot choose exercising a claim under Articles 7(1) and 7(2) since “the court determines the jurisdictional category into which the claim falls” being “based on autonomous definitions” for the purposes of the Brussels I Recast Regulation.<sup>119</sup> The conduct of the defendant will be considered as a breach of contract

<sup>112</sup> Convention on the Recognition and Enforcement of Foreign Arbitral Awards (1958 New York Convention) (adopted 10 June 1958, entered into force 7 June 1959) 330 UNTS 38.

<sup>113</sup> A. BRIGGS (note 7), at [2.170].

<sup>114</sup> Judgment of 1 October 2002, *Verein für Konsumenteninformation v Karl-Heinz Henkel*, C-167/00, EU:C:2002:555; *Vid.* See D. C. JACKSON, *Enforcement of Maritime Claims*, Informa Law from Routledge, 2013, at [6.158].

<sup>115</sup> For instance, in Spain, a broad interpretation shall be given to Article 22 *quinquies* b) of the Spanish Organic Law 6/1985 of 1 July on the Judiciary (*Ley Orgánica 6/1985, de 1 de julio, del Poder Judicial* in Spanish) published in the Spanish Official State Gazette, No. 157 of 2 July 1985 and amended by the Organic Law 7/2015 of 21 July 2015, in order to include preventive actions. The rule contains a similar forum to that of Article 7(2) of the Brussels I Recast Regulation but makes the Spanish courts competent when “the harmful event occurred in Spanish territory” instead of “the place where the harmful event occurred or may occur”; L. CARBALLO PIÑEIRO, *Collective actions and their extraterritorial effectiveness: problems of reception and transplantation of class actions in Europe*, Publications Service of the University of Santiago de Compostela, 2009, p. 123; M. A. CEBRIÁN SALVAT (note 48), at p. 148.

<sup>116</sup> According to the Article, a person domiciled in an EU Member State may be sued in another EU Member State “in matters relating to tort, delict or quasi-delict, in the courts for the place where the harmful event occurred or may occur.”

<sup>117</sup> S. SÁNCHEZ LORENZO, “Delimitation entre matiere contractuelle et matiere delictuelle dans l’Espace judiciaire europeen (l’affaire Brogstetter)”, *Annuaire de Droit de l’Union Européenne*, vol. 38, 2014, pp. 472-478, in Á. ESPINIELLA MENENDEZ, “International Jurisdiction in Respect of Unfair Acts with Competitors”, *Cuadernos Derecho Transnacional* vol. 10, 2018, no. 2, pp. 276-305.

<sup>118</sup> “Only when a contract does not fall within either of those two categories [...] it is appropriate to determine the competent jurisdiction in accordance with the connecting factor provided for” in Article 7(1)(a) of the Brussels I Recast Regulation (*Brogstetter* case at paragraph 28); see the Decree of the court of Varese of 27 October 2012, no. 27 (judge GIUSEPPE BUFFONE) where Articles 5(1)(a) and 5(1)(b) of the Lugano Convention was not applicable in the sale of goods and provision of services by an Italian seller of goods and provider of services to a Swiss buyer and receiver of the services; A.-L. CALVO CARAVACA and J. CARRASCOSA GONZÁLEZ (note 37).

<sup>119</sup> A. BRIGGS (note 7), at [2.171] and [2.192].

by an EU Member State court taking into account the purpose of the contract in order to determine the lawful or unlawful nature of the claim.<sup>120</sup> However, the doctrine partially disagrees with the extensive interpretation of contractual matters.<sup>121</sup> The reasons are the possibility of a court setting jurisdiction as a contractual matter and in tort in relation to the applicable law. The danger is that the CJEU applies the same interpretation to contractual matters of Article 7(1) of the Brussels I Recast Regulation, aimed to provide for special jurisdiction, and the Rome I Regulation, while the functions entrusted to these rules are different.<sup>122</sup> Moreover, the defendant may avoid being judged in tort by virtue of the autonomous characterisation given to the contractual relation.<sup>123</sup> The non-compliance with an unequivocally accepted and unfulfilled tacit contract may lead to contractual liability.<sup>124</sup>

**58.** The facts of the case and not the national applicable law characterise the existence of a “long-standing business relationship”<sup>125</sup> that must “not be presumed and must [...] be demonstrated”. There must be “a body of consistent evidence, which may include in particular the existence of a long-standing business relationship, the good faith between the parties, the regularity of the transactions and their development over time expressed in terms of quantity and value, any agreements as to prices charged and/or discounts granted, and the correspondence exchanged”.<sup>126</sup> The national judge will identify the unfulfilled obligation leading to a breach of contract. If the contractual relationship between Granarolo and Ambrosi for breach of contract without notice had not been characterised as a long-term relationship, the French judge would not have determined the applicable law under French national law but under the Brussels I Regulation.<sup>127</sup>

**59.** The CJEU conferred jurisdiction to the courts of the place where the act causing damage or where the damage occurred in the *Mines de Potasse d’Alsace* case.<sup>128</sup> However, the court in the *Shevill* judgment<sup>129</sup> specified further criteria concerning the allocation of jurisdiction. Each EU Member State has jurisdiction for the damage cause within its jurisdiction but the EU Member State where the harmful event occurred has jurisdiction in relation to the whole damage originated in that State. The place of origin usually coincides with the place of domicile of the defendant and the criterion does not provide an additional forum to Article 4 of the Brussels I Recast Regulation.<sup>130</sup> The *Barclays Bank* case<sup>131</sup> reinforces the CJEU’s case law<sup>132</sup> in its paragraph 27, describing the place where the harmful event occurs as “the place is that where the alleged damage actually manifests itself.”<sup>133</sup>

<sup>120</sup> G. VAN CALSTER (note 23), pp. 144–163.

<sup>121</sup> See P. MANKOWSKI, “Article 7”, in U. MAGNUS and P. MANKOWSKI *European Commentaries on Private International Law. Brussels I bis Regulation*, Otto Schmidt, 2016, pp. 168-169; P. HUBER, “Auf ein Neues: Vertrag und Delikt im europäischen I(Z)PR (zu EuGH 14.7.2016- Rs. C-196/15-Granarolo SpA / Ambrosi Emmi France SA, unten S. 396, Nr. 22)”, *IPRax: Praxis des Internationalen Privat- und Verfahrensrechts*, vol. 37, 2017, no. 4, pp. 358-360, in I. ANTÓN JUÁREZ (note 43), pp. 528-529.

<sup>122</sup> P. MANKOWSKI (note 121), pp. 166-168; I. ANTÓN JUÁREZ (note 43), pp. 528-529.

<sup>123</sup> P. MANKOWSKI (note 121), p. 168; I. ANTÓN JUÁREZ (note 43), pp. 528-529.

<sup>124</sup> *Granarolo* case, paragraph 24.

<sup>125</sup> *Ibid.*, paragraph 25.

<sup>126</sup> *Ibid.*, paragraph 26.

<sup>127</sup> I. ANTÓN JUÁREZ (note 43), pp. 528-529.

<sup>128</sup> Judgment of 30 November 1976, *Handelskwekerij G. J. Bier BV v Mines de potasse d’Alsace SA*, C-21/76, EU:C:1976:166.

<sup>129</sup> Judgment of 7 March 1995, *Fiona Shevill, Ixora Trading Inc., Chequepoint SARL and Chequepoint International Ltd v Presse Alliance SA*, C-68/93, EU:C:1995:61.

<sup>130</sup> P. DE MIGUEL ASENSIO, *Derecho Privado de Internet*, Cizur Menor, Thomson Reuters Civitas, 2015, p. 199; in Á. ESPINIELLA MENENDEZ (note 117), pp. 276-305.

<sup>131</sup> Judgment of 12 September 2018, *Helga Löber v Barclays Bank PLC*, C-304/17, EU:C:2018:701.

<sup>132</sup> Judgment of 21 May 2015, *CDC Hydrogen Peroxide*, C352/13, EU:C:2015:335, paragraph 52.

<sup>133</sup> The *eDate Advertising* case, only applicable to the infringement of personality rights on internet expanded the *Shevill* criteria by allowing the claimant to choose between the place where the harmful event occurred and the domicile of the defendant. The interpretation of the CJEU led to the jurisprudential creation of a new *forum actionis*. The court where the claimant resides has jurisdiction “on all the damage caused globally by the tort” in cases of defamation on internet. The court has jurisdiction for the damages caused in other countries; *Vid.* P. BEAUMONT, M. DANOV, K. TRIMMINGS, and B. YÜKSEL (eds.), *Cross-Border Litigation in Europe*, Bloomsbury Publishing, 2017, at p. 525.

60. For matters related to damages originated from a ship in the High Seas, the CJEU has “equated the damage created by industrial action occurring on a ship” with the country of registration of the ship in order to identify the place where the harmful event took place.<sup>134</sup> The CJEU has dismissed any assessment of the relationship between the ship and the registration of the vessel without taking into consideration the role of flags of convenience.<sup>135</sup>

61. The criteria followed by the court’s case law related to the place of delivery of the goods carried by sea from Melbourne to Rotterdam in order to reach France by land was considered to be the port of delivery in the *Réunion européenne* judgment,<sup>136</sup> i.e. the claimant’s domicile. The French consignees of the shipped pears sued the Australian issuers of the bill of lading in contract and the Dutch carriers and the master of the ship in tort but the court held that these claims “cannot be regarded as connected”.<sup>137</sup> None of the defendants were domiciled in France and the French courts were not found competent to hear the case. The CJEU referred to the previous *Kalfelis* case<sup>138</sup> under which “a court which has jurisdiction under the current Article 7(2) of the Brussels I Recast Regulation over an action in so far as it is based on tort or delict does not have jurisdiction over that action in so far as it is not so based”.<sup>139</sup>

#### IV. The applicable law to contracts for the provision of services, the sale of goods and complex contracts under European Union Law

##### 1. The applicable law to contractual claims

62. In order to address which legal framework will apply the judge to a contractual claim the already mentioned Article 4 of the Rome I Regulation shall be analysed. As already stated in previous sections the CISG takes precedence over the Rome I Regulation in order to determine the certain “substantive applicable rules” to contracts for the international sale of goods. It shall be born in mind the territorial scope of application of that instrument that is in force in most of the EU Member States excluding the UK and Portugal. However, focus will be put in this section in the choice of law for other types of contracts rather than the sale of goods. The single service contract including carriage of goods by sea, air or road fall under the scope of application of the Rome I Regulation.

63. The freedom of choice of law by the parties is enshrined in Article 3 of the Rome I Regulation and if the parties have not agreed it Article 4 is applicable. Article 4(1) presents direct, rigid and not presumptive connecting factors in order to determine the applicable law to a contract. These diverge from other type of connecting factors that do not necessarily relate to the principle of proximity and the closest connection of the contract to a specific country.<sup>140</sup> The characteristic performance is the connecting factor to consider in Article 4(1) of the Rome I Regulation. In contrast, Article 4(1) of the Rome Convention allowed evaluating the main elements of the contact in order to escape from the “inefficient tyranny of the characteristic performance”.<sup>141</sup> The global cost of the eight contracts included in Article 4 paragraphs (1) and (2) are economically inefficient for the contractual parties.<sup>142</sup>

<sup>134</sup> Judgment of 5 February 2004, *Danmarks Rederiforening, acting on behalf of DFDS Torline A/S v LO Landsorganisationen i Sverige*, acting on behalf of SEKO Sjöfolk Facket för Service och Kommunikation, C-18/02, EU:C:2004:74, at paragraph 44.

<sup>135</sup> *Vid.* D. C. JACKSON (note 114) at [6.165].

<sup>136</sup> Judgment of 27 October 1998, *Réunion européenne SA and Others v Spliethoff’s Bevrachtungskantoor BV and the Master of the vessel Alblasgracht V002*, C-51/97, EU:C:1998:509.

<sup>137</sup> *Ibid.*, at paragraph 50.

<sup>138</sup> Judgment of 27 September 1988, *Athanasios Kalfelis v Bankhaus Schröder, Münchmeyer, Hengst and Co. and others*, C-189/87, EU:C:1988:459.

<sup>139</sup> Paragraph 49 of the *Réunion européenne* case; *Vid.* D. C. JACKSON (note 114) at [6.166].

<sup>140</sup> S. FRANCO, “Le règlement «Rome I» sur la loi applicable aux obligations contractuelles. De quelques changements...”, *Journal du droit international (Clunet)*, vol. 136, 2009, no. 1, pp. 41-69.

<sup>141</sup> L. F. CARRILLO POZO “La ley aplicable al contrato en defecto de elección: un análisis de la jurisprudencia”, *Revista del poder judicial*, no. 74, 2004, pp. 11-46.

<sup>142</sup> S. FRANCO (note 140), pp. 41-69.

**64.** According to Article 4(1) of the Rome I Regulation, in the absence of choice, pursuant to Recital 19, the applicable law should be determined in accordance with the choice of law rule specified for the particular type of contract. Article 4(1) of the Rome I Regulation provides the specific choice of law rule for each particular type of contract.<sup>143</sup>

“(a) a contract for the sale of goods shall be governed by the law of the country where the seller has his habitual residence;

(b) a contract for the provision of services shall be governed by the law of the country where the service provider has his habitual residence”;

**65.** The applicable law is that of the habitual residence of the service provider. This is the place where it has its central administration, principal place of business, or if under its terms the contract is the responsibility of a branch, agency, and so on, the place where that branch is located according to Article 19 (habitual residence) of the Rome I Regulation.

**66.** However, Article 4(1) of the Rome I Regulation favours one of the parties in contracts for the sale of goods (subparagraph a), contracts for the provision of services (subparagraph b), as well as in relation to franchise (subparagraph e) and distribution (subparagraph f) contracts.<sup>144</sup> Such imbalance is higher or lower for each contractual party respectively. The remaining contracts envisaged by Article 4(1) of the Rome I Regulation designate the most foreseeable laws by the parties that create the lowest global costs for each, i.e. the law of the country most closely linked to the contract, the Law of the country where the "centre of gravity of the contract" is located,<sup>145</sup> or the Law of the country of the "seat of the legal relationship".<sup>146</sup>

**67.** The mixed or complex contracts of Article 4(2) of the Rome I Regulation involve several types of contracts formed by varied contractual elements that differ, having a different material or substantial regulation in most of the domestic laws of each EU Member State. The key element to classify a contract as mixed or complex under the Rome I Regulation is the economic purpose of the contract and mixed or complex contracts provide for more than one. Under Article 4(2) Rome I Regulation, the law that governs a mixed or complex contract is the one of where the party required to effect the characteristic performance of the contract has its habitual residence.<sup>147</sup> Since, in most cases, this will also be the country where the buyer is habitually resident, it is highly unlikely that the court will seek to escape from that result by reference to Article 4(3).<sup>148</sup>

“[...] where it is clear from all the circumstances of the case that the contract is manifestly more closely connected with a country other than that indicated in paragraphs 1 or 2, the law of that other country shall apply.”

**68.** The designated law under Article 4(2) of the Rome I Regulation is applicable when the contract presents different elements from various contracts related to Article 4(1) of the Rome I Regulation. Then, the law applicable to those contracts will be determined according to Article 4(2) of the Rome I Regulation, as this Article and Recital 19 of the Rome I Regulation expressly indicate.<sup>149</sup>

<sup>143</sup> If one does not fall within Article 4(1), the basic choice of law rule is contained in Article 4(2).

<sup>144</sup> M.-E. ANCEL, “Les contrats de distribution et la nouvelle donne du règlement Rome I,” *Revue critique de droit international privé*, vol. 97, 2008, no. 3, pp. 561-579; P. PIRODDI, “Incoterms e luogo di consegna dei beni nel regolamento Bruxelles I”, *Rivista di diritto internazionale privato e processuale*, vol. 47, 2011, no. 4, pp. 939-970.

<sup>145</sup> E. VITTA, “Influenze americane nella convenzione C.E.E. sulle obbligazioni contrattuali”, *Riv. Dir. int. priv. proc.*, vol. 19, 1983, no. 2, pp. 261-278, at pp. 264-265; O. VON GIERKE, *Deutsches Privatrecht*, 1895, vol. 1, p. 217.

<sup>146</sup> A.-L. CALVO CARAVACA and J. CARRASCOSA GONZÁLEZ (note 37), pp. 934-937.

<sup>147</sup> *Ibid.*, p. 986.

<sup>148</sup> N. ENONCHONG (note 12), pp. 194-215, at p. 203.

<sup>149</sup> *Ibid.*, p. 194-215, at p. 201.

“Where there has been no choice of law, the applicable law should be determined in accordance with the rule specified for the particular type of contract. Where the contract cannot be categorised as being one of the specified types or where its elements fall within more than one of the specified types, it should be governed by the law of the country where the party required to effect the characteristic performance of the contract has his habitual residence. In the case of a contract consisting of a bundle of rights and obligations capable of being categorised as falling within more than one of the specified types of contract, the characteristic performance of the contract should be determined having regard to its centre of gravity.”

**69.** Therefore, only one legal regime will be applicable to the entire mixed or complex contract: The law of the habitual residence of the party required to effect the characteristic performance of the contract as a consequence of applying Article 4(2) of the Rome I Regulation.<sup>150</sup> According to LANDO and NIELSEN,<sup>151</sup> Article 4(2) of the Rome I Regulation states that contracts not listed in Article 4(1) or contracts covered by more than one of points (a) to (h) are governed by the law of the country in which the party that is required to effect the characteristic performance of the contract has its habitual residence. If the law applicable cannot be determined pursuant to Articles 4(1) or 4(2), the contract shall be governed by the law of the country with which it is most closely connected according to Article 4(4) of the Rome I Regulation: “Where the law applicable cannot be determined pursuant to paragraphs 1 or 2, the contract shall be governed by the law of the country with which it is most closely connected”.

**70.** Unlike Article 4(2), Article 4(3) of the Rome I Regulation does not contain any guidelines on how to exercise this discretion. However, a guideline is provided by the second sentence of Recital 20 of the Rome I Regulation, stating that “in order to determine whether the contract is manifestly more closely connected to another country, account should be taken, *inter alia*, of whether the contract in question has a very close relationship with another contract or contracts”.<sup>152</sup>

**71.** A contract for the provision of services might be crystal clear under Article 4(1)(b). The relevant element to consider is the purpose of the contract (the sale of goods or provision of services). Most of the mixed or complex contracts include different types of contracts of the referred Article, falling within the scope of Article 4(2). However, the problem arises if the seller is providing a full range of services to the buyer while assuming different functions. These may include the sale of goods but the provision of services, including the carriage of goods, is the main economic purpose and do not fall within Article 4(2). They normally involve a range of different contracts falling within the scope of Article 4(1)(b) of the Rome I Regulation, under which a contract for the provision of services shall be governed by the law of the country where the service provider has its habitual residence. The contract for the provision of services including the carriage of goods by sea or other means of transport constitutes a contract for the provision of services for the Rome I Regulation. However, the characterisation of such contract depends on the applicable national law *ex* Rome I Regulation. For instance, it constitutes a mixed or complex contract under Spanish law or other national laws, e.g. in case of a Turn-key contract or key in hand contract.<sup>153</sup> Nevertheless, there is neither a definition of “provision of services” in the Rome I Regulation nor a decision by the CJEU providing one.

## 2. The applicable law to non-contractual claims

**72.** Non-contractual obligations have a different treatment and do not provide for the application of international conventions such as CISG that relates to the applicable law to contract matters. The Rome II Regulation applies to the choice of law before the courts of an EU member State in case of

<sup>150</sup> A.-L. CALVO CARAVACA and J. CARRASCOSA GONZÁLEZ (note 37), p. 986.

<sup>151</sup> O. LANDO and P. A. NIELSEN, “The Rome I Regulation”, *Common Market Law Review*, vol. 6, 2008, no. 45, pp. 1687–1725.

<sup>152</sup> *Ibid.*, pp. 1687–1725.

<sup>153</sup> A.-L. CALVO CARAVACA and J. CARRASCOSA GONZÁLEZ, “Articles 1 & 2”, in U. MAGNUS and P. MANKOWSKI (eds.), *Rome I Regulation - Commentary, European Commentaries on Private International Law (ECPIL)*, Otto Schmidt, 2017, pp. 52-87.

“non-contractual obligations arising out of strict liability”, an “autonomous concept” that “varies from one Member State to another” according to Recital 11.

73. The concept focuses on actions in tort including *unjust enrichment* (Article 10), *negotiorum gestio* (Article 11) and *culpa in contrahendo* (Article 12). The Rome II Regulation may lead to the application of the law of a non-EU Member State. It is not applicable to a maritime tort arising out of a damage occurred in the High Seas but it is applicable to one occurred in the territorial waters of an EU Member State. Article 4(1) introduces the general rule of Rome II Regulation under which “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,” unless “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” according to Article 4(2) of the Regulation. An exception to the general rule is provided by Article 4(3). A tort or delict “manifestly more closely connected” to any country other than that provided by the first two paragraphs of Article 4 leads to the application of the law of that other country.

74. Article 4(3) of the Rome II Regulation mimics Article 4(3) of the Rome I Regulation making applicable the law of the country more closely connected to the contract. Article 14(1) (freedom of choice) of the Rome II Regulation provides for the choice of law by the parties in case of “an agreement entered into after the event giving rise to the damage occurred” or “where all the parties are pursuing a commercial activity, also by an agreement freely negotiated before the event giving rise to the damage occurred”. Third party rights are protected and the choice of law must be “expressed or demonstrated with reasonable certainty”. However, if all the elements are connected to the country where the damage occurred the public policy exception of that country will be applicable even if the parties have chosen another country’s law under Article 14(2) of the Rome II Regulation.

75. Article 16 sets out that overriding mandatory provisions of the law of the forum are “mandatory irrespective of the law otherwise applicable to the non-contractual obligation”. EU law provisions are applicable “where appropriate as implemented” in the EU Member State of the forum “where all the elements relevant to the situation at the time when the event giving rise to the damage occurs are located in one or more” EU Member States according to Article 14(3) of the Rome II Regulation.

### 3. Cheapest cost avoider, efficiency in the conflict of laws and game theory

76. The contracts for the sales of goods and provision of services including the single service contract serve as a guiding thread during the following analysis based on the varied theories that consider the cost and efficiency in case of conflict between two parties. What is the cost for the parties in dispute according to legal and economic theories? First, the neo-classical theory is explained followed by the “International Stream-Of-Commerce”. Second, concrete examples are provided through the prisoner’s dilemma regarding the applicable law.

77. The predominant neo-classical legal and economic theory is “based on the belief in markets and cherishing efficiency”. The most efficient law is the one used by most of the participants engaged in commercial transactions.<sup>154</sup> Party autonomy tends to reduce the transaction costs.<sup>155</sup> It comes “as close as

<sup>154</sup> M. KLAUSNER, "Corporations, corporate law, and networks of contracts." *Virginia Law Review*, vol. 81, 1995, no. 3, pp. 757-852, at p. 785; S. VOGENAUER, "Regulatory competition through choice of contract law and choice of forum in Europe: theory and evidence", in Horst Eidenmüller (ed.), *Regulatory Competition in Contract Law and Dispute Resolution*, Verlag C.H. Beck and Hart Publishing, 2013, pp. 227–286, at p. 235); G. RÜHL, “Wettbewerb der Rechtsordnungen im Vertragsrecht - Wunsch oder Wirklichkeit?”, in U. EHRICKE, W. KAAL, M. SCHMIDT and A. SCHWARTZE (eds.), *Festschrift für Christian Kirchner*, Mohr Siebeck, 2014, pp. 975-994, at p. 978.

<sup>155</sup> D. BUREAU and H. MUIR WATT *Droit international privé*, 2<sup>nd</sup> ed., Puf, vol. 1, 2010, p. 532; M.-P. WELLER, "Anknüpfungssprinzipien im Europäischen Kollisionsrecht: Abschied von der" klassischen, IPR-Dogmatik?", *JPRax: Praxis des Internationalen Privat-und Verfahrensrechts*, vol. 31, 2011, no. 5, pp. 429-437, at p. 433.

possible to the parties' *ex ante* will", it does not "overtax informational capacities" and "provides courts with simple rules which in most cases lead to syllogistic decisions".<sup>156</sup>

**78.** The "International Stream-Of-Commerce" theory is based on the assumption that the party that can afford applying a foreign law is the one that has provided the internationality element to the contract,<sup>157</sup> while placing such foreign country and its law in its legal sphere.<sup>158</sup> The judge acknowledges the substantive private law nature of the risk born by one of the parties when applying the designated law by the conflict rule.<sup>159</sup> There are two modes of internationalising a contract, through commercials targeting a foreign market or through an offer addressed to that foreign market. An efficient conflict rule should not declare applicable the law of the seller or the buyer to an international contract but should be ascertained by the judge from the "territorial links of the case to the different States" according to the contract.<sup>160</sup>

**79.** The global cost of applying the law of the country where the seller has its habitual residence according to Article 4(1)(a) of the Rome I Regulation is not the most efficient in comparison to the law of the country of the habitual residence of the buyer/services purchaser, the law of the country where the offer is addressed or the law of the country where the goods are delivered or the services are provided.<sup>161</sup>

**80.** The law of the country where the contract is performed ("*Lex Loci Executionis*"), the "natural seat of contractual obligations", is the most efficient and preferred one by the parties to an international contract.<sup>162</sup> Article 12(2) of the Rome I Regulation points out that "in relation to the manner of performance and the steps to be taken in the event of defective performance, regard shall be had to the law of the country in which performance takes place". This criterion is more efficient than the place of habitual residence of the characteristic performer<sup>163</sup> and is the one followed in order to provide for jurisdiction according to Article 7(1) of the Brussels I Recast Regulation.<sup>164</sup>

**81.** This theory crumbles when there are multiple places of performance, the place of performance is located in a third country where the contractual parties do not reside (e.g. the place of delivery of the goods or payment of the price),<sup>165</sup> the place of performance is not specified in the contract and the applicable law must be determined beforehand (circular problem)<sup>166</sup> and when optional places of performance are set up by the parties<sup>167</sup> or these include optional positive or negative obligations to perform in different countries.<sup>168</sup>

<sup>156</sup> H.-B. SCHÄFER and K. LANTERMANN, "Choice of law from an economic perspective", in J. BASEDOW and T. KONO (eds.), *An economic analysis of private international law*, Mohr Siebeck, 2006, pp. 87-120, at p. 188; in P. MANKOWSKI, "Article 3", U. MAGNUS and P. MANKOWSKI (note 153), pp. 120-121.

<sup>157</sup> J. CARRASCOSA GONZÁLEZ, "Contratos internacionales, prestación característica y la teoría de la Stream of Commerce", in A.-L. CALVO CARAVACA and P. BLANCO-MORALES LIMONES (eds.), *Globalización y Derecho*, 2003, pp. 87-119; F. J. GARCIMARTÍN ALFÉREZ, "La racionalidad económica del DIPr", *Cursos de Derecho Internacional de Vitoria-Gasteiz 2001, 2002*, pp. 88-154.

<sup>158</sup> F. J. GARCIMARTÍN ALFÉREZ, *Derecho de sociedades y conflictos de leyes: una aproximación contractual*, Editoriales de Derecho Reunidas, 2002, p. 224.

<sup>159</sup> J. C. PAZ-ARES RODRÍGUEZ, "Principio de eficiencia y Derecho privado", in *Estudios de Derecho mercantil en homenaje al profesor Manuel Broseta Pont*, Tirant lo Blanch, 1995, pp. 2,843-2,900, at pp. 2,845-2,846.

<sup>160</sup> J. CARRASCOSA GONZÁLEZ, *Conflicto de leyes y teoría económica*, Colex, 2011, pp. 226-229.

<sup>161</sup> *Ibid.*, pp. 230.

<sup>162</sup> F. K. VON SAVIGNY, *Sistema del derecho romano actual*, translated to French by M. C. GUENOUX and translated to Spanish by J. MESIA and M. POLEY, Centro Editorial Góngora, 1879, vol. VIII, Comares, 2005, pp. 1417 and 1419.

<sup>163</sup> V. HEUZÉ and P. MAYER (note 91), p. 534.

<sup>164</sup> L. F. CARRILLO POZO, "Rigor mortis. La Ley aplicable al contrato a falta de elección en los trabajos de reforma del Convenio de Roma de 1980", in *Hacia un derecho conflictual europeo: realizaciones y perspectivas: Verso un diritto internazionale privato europeo: risultati e prospettive*, University of Sevilla, 2008, pp. 11-41; *Ibid.* (note 141), pp. 11-46.

<sup>165</sup> D. HOLLEAUX, J. FOYER, G. DE GEOUFFRE DE LA PRADELLE, *Droit International Privé*, Masson, 1987, pp. 592-600.

<sup>166</sup> M. VIRGÓS SORIANO, "La ley aplicable a los contratos internacionales: la regla de los vínculos más estrechos y la presunción basada en la prestación característica del contrato", in *Estudios jurídicos en homenaje al profesor Aurelio Menéndez*, vol. IV, Civitas, 1996, pp. 5,289-5,409, at p. 5,302.

<sup>167</sup> D. McCLEAN and K. BEEVERS, *Morris, The Conflict of Laws*, 6<sup>th</sup> ed., Thomson, Sweet & Maxwell, London, 2005, p. 254.

<sup>168</sup> J. CARRASCOSA GONZÁLEZ (note 160), pp. 232-234.



**82.** The theory of characteristic performance of the Rome I Regulation is inefficient compared to the thesis of the “International Stream-Of-Commerce” and the thesis of the place of performance of the contract. It is desirable to have the same conflict rule applicable to each type of international contract in order to achieve an efficient conflict of laws solution.<sup>169</sup> The conflictual efficiency must be calculated in a holistic way taking into account: first, the national law that distributes the global costs of conflict in a balanced way, and second, the law that implies lower overall cost for the parties to an international contract. It makes limited sense that the “place of performance” serves as the basis to determine the “international jurisdiction and that it would be irrelevant for the determination of the applicable law”.<sup>170</sup>

**83.** The inefficiency of the characteristic place of performance is explained below relying on game theory. A parallelism is provided to explain the theory of cost of conflict applied to the sale of goods and provision of services through the well-known prisoner’s dilemma:<sup>171</sup>

	Keeps quiet = Cooperates	Confesses = Defects
Keeps quiet = Cooperates	-1/2, -1/2	-4, 0
Confesses = Defects	0, -4	-2, -2

**84.** If a prisoner confesses and testifies against the other prisoner (i.e. the judge will decide over its international jurisdiction based on the Brussels I Recast Regulation and the applicable law based on the connecting factor according to the Rome I Regulation), he will go free, while the other will receive the maximum sentence of four years (the seller/service provider or the buyer/services will assume an unbalanced global cost of conflict).<sup>172</sup> If both prisoners confess (i.e. the global costs of the operation are shared implying a lower overall transactional cost for the parties), they will each get two years in prison for burglary. If neither confesses, each prisoner will get half a year in prison for possession of stolen goods (i.e. the judge will not assume jurisdiction to hear the case since the parties have agreed the jurisdiction and applicable law to the international contract).<sup>173</sup>

**85.** Confession is the dominant strategy<sup>174</sup> since the parties cannot cooperate and reach a binding agreement.<sup>175</sup> The inefficient Nash Equilibrium<sup>176</sup> of the prisoner’s dilemma requires a joint optimisation

<sup>169</sup> B. AUDIT, “Le caractère fonctionnel de la règle de conflit (Sur la “crise” des conflits de lois)”, *Recueil des cours de Droit International*, vol. 186, 1984, pp. 219-398, at pp. 294-297.

<sup>170</sup> V. HEUZÉ AND P. MAYER (note 91), p. 534; L. F. CARRILLO POZO (note 164), pp. 11-41); in J. CARRASCOSA GONZÁLEZ (note 160), p. 238.

<sup>171</sup> Two individuals are arrested in possession of stolen goods, imprisoned and separated from each other. They do not trust each other and decide not to cooperate since the penalty (i.e. the cost of conflict for each party to an international contract) is lower in case of possession of stolen goods than burglary. The prosecutor needs a confession of one of both prisoners to sentence them for burglary instead of possession of stolen goods. He offers an individual deal to each prisoner; A. RAPOPORT AND A. M. CHAMMAH, *Prisoner's Dilemma: A Study in Conflict and Cooperation*, Univ. of Michigan Press, 1965, at pp. 24–25; in C. E. BAGLEY AND C. D. TVARNØ, “Pharmaceutical public-private partnerships in the United States and Europe: Moving from the bench to the bedside”, *Harv. Bus. L. Rev.* 4, 2014, pp. 373-401, at p. 387.

<sup>172</sup> C. D. TVARNØ, “Partnering Contracts: A Solution to the Nash Equilibrium? In a Contract Law and Game Theory Perspective”, *Behavioral Analysis Applied to Economics and to Law*, 2013, pp. 1-13.

<sup>173</sup> A. RAPOPORT AND A. M. CHAMMAH (note 171), pp. 373-401; D. KREPS, P. MILGROM, J. ROBERTS AND R. WILSON, “Rational cooperation in the finitely repeated prisoners' dilemma”, *Journal of Economic theory*, vol. 27, 1982, no. 2, pp. 245-252. pp. 245-252; E. RASMUSEN, *Games and Information: An Introduction to Game Theory*, Basil Blackwell, 1989.

<sup>174</sup> I. AYRES, “Playing games with the law”, *Stan. L. Rev.*, vol. 42, 1990, no. 5, pp. 1291-1317.

<sup>175</sup> C. E. BAGLEY AND C. D. TVARNØ (note 171), pp. 373-401.

<sup>176</sup> S. J. GROSSMAN AND O. D. HART, “The costs and benefits of ownership: A theory of vertical and lateral integration”, *The Journal of Political Economy*, vol. 94, 1986, pp. 691-719.

from a game theory perspective. The “Pareto optimal” is reached “if the contract is impossible to modify (within the type of contract) so as to raise the expected utility of both of the parties to it; such a contract will sometimes be referred to as simple and efficient or as mutually beneficial”.<sup>177</sup> From a new institutional and economics perspective based on the role of institutions and potential incentives for legal players, the prisoners will act will employing mental shortcuts not following mathematic rules since they lack of vital information.<sup>178</sup> However, it could be said that the prisoners’ choice of law is Kaldor/Hicks efficient if it has no negative impact on the State or third parties’ interests.<sup>179</sup>

**86.** The application of the law of a third State to an international contract halts international trade.<sup>180</sup> CARRASCOSA GONZÁLEZ advises applying Article 4(3) of the Rome I Regulation instead of the law of the place of residence of the seller of Article 4(1) of the Rome I Regulation. Article 4(3) of the Rome I Regulation prescribes that “where it is clear from all the circumstances of the case that the contract is manifestly more closely connected with a country other than that indicated in paragraphs 1 or 2, the law of that other country shall apply”. The Article leads to the application of the law of the goods or services purchaser, i.e. the law of the country of performance of the contract and the country where the offer is addressed.<sup>181</sup>

**87.** Contracts for the provision of services seem to be more efficient when the connecting factor is based on the “International Stream-Of-Commerce” theory relying on the habitual residence of the service customer (i.e. where the service has been offered). The habitual residence of the service provider is a more inefficient criterion. The global cost of conflict for each party may be more efficient applying the “International Stream-Of-Commerce” theory rather than the place of performance theory. It may also provide for a lower overall cost. However, the law of the place of performance may be lower depending on the circumstances of both parties if the cost of applying a foreign law comprises a lower global and overall cost of conflict for each.<sup>182</sup>

**88.** The law chosen by the parties, in case of a non-contractual action under Article 14 of the Rome II Regulation, provides for the most efficient substantive law that the parties previously knew (or benefits them the most)<sup>183</sup> while providing them the lowest cost of conflict.<sup>184</sup> The *lex domicilii communis partium*, i.e. the law of the place 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”,<sup>185</sup> provides for a lower cost of conflict in contrast to the law of the country where the damage occurs (*lex damni*), which cannot be understood as the one of the place where the fact giving rise to that damage or

<sup>177</sup> “The joint utility is achieved when the parties find themselves more legally bound providing information about the transaction”; in S. SHAVELL, “Contracts”, and A. S. EDLIN, “Breach Remedies”, both in P. NEWMAN (ed.), *The New Palgrave Dictionary of Economics and the Law*, 1998, p. 436; C. D. TVARNØ (note 172), pp. 1-13.

<sup>178</sup> L. G. MEIRA MOSER, “Parties’ preferences in international sales contracts: an empirical analysis of the choice of law”, *Uniform Law Review*, vol. 20, 2015, no. 1, pp. 19-55, at p. 23.

<sup>179</sup> L. E. RIBSTEIN, “Choosing Law by Contract”, *Journal of Corporation Law*, 18, 1993, p. 245; at pp. 247-261; F. J. GARCIMARTÍN ALFÉREZ, “Regulatory competition: a private international law approach”, *European Journal of Law and Economics*, vol. 8, 1999, no. 3, pp. 251-270, at p. 255; G. RÜHL, “Party Autonomy in the Private International Law of Contracts: Transatlantic Convergence and Economic Efficiency”, *Conflict of Laws in a Globalized World – Essays in Memory of Arthur Taylor von Mehren*, 2007, pp. 153–183, at pp. 176 *et seq.*; *Ibid.*, *Statut und Effizienz: ökonomische Grundlagen des internationalen Privatrechts*, vol. 95, Mohr Siebeck, 2011, p. 349); P. MANKOWSKI, “Rechtswahl und Gerichtsstandsvereinbarung im Lichte der Spieltheorie”, in *Internationalisierung des Rechts und seine ökonomische Analyse (Internationalization of the Law and its Economic Analysis): Festschrift für Hans-Bernd Schäfer zum 65. Geburtstag*, Gabler Edition Wissenschaft, 2008, pp. 369-383, at p. 370, in U. MAGNUS and P. MANKOWSKI (note 153), pp. 120-121.

<sup>180</sup> L. F. CARRILLO POZO (note 141), p. 40.

<sup>181</sup> J. CARRASCOSA GONZÁLEZ (note 160), pp. 235-237.

<sup>182</sup> *Ibid.*, pp. 240-241.

<sup>183</sup> G. BEITZKE, *Les obligations délictuelles en droit international privé*, Recueil des Cours de l'Académie de Droit international de La Haye, 1965, vol. 115, pp. 67-146.

<sup>184</sup> M. WHINCOP and M. KEYES, “Economic Analysis of Conflict of Laws in Torts Cases: Discrete and Relational Torts”, in Erin A. O’Hara and McKenzie (eds.), *Economics of Conflict of Laws*, vol. I, Edward Elgar Publishing, 2007, pp. 492-517.

<sup>185</sup> The Article follows and translates into EU law the doctrine set out by the judgment of the Supreme Court of the State of New York of 9 May 1963, *Babcock v Jackson*, 191 N.E.2d 279.

where it manifests itself, according to Article 4(1) of the Rome II Regulation. The exceptional clause or the “escape clause” contained in Article 4(3) of the Rome II Regulation serves to avoid the application of the *lex loci damni* when the case presents stronger links with another country rather than the one where the damage occurs.<sup>186</sup>

## V. Final remarks

**89.** Subsumed parts of the contract for the provision of services such as the air, road, or shipping transportation may end up being irrelevant in order to set the liability for damages awarded to the claimant, the final costumer who will sue the counterpart of the contractual relation with whom the service was agreed. The CJEU considers that the predominant function of the contract should be identified since it is paramount to determine the place of performance of the contract. “The concept of service implies, at the least, that the party, who provides the service, carries out a particular activity in return for remuneration” according to the *Falco* and *Granarolo* judgments. A characteristic performance of positive acts is required and the remuneration for an activity does not mean necessarily imply a payment according to the *Corman-Collins* case.

**90.** Any contract that considers the supply of goods as its characteristic obligation is classified from a private international law perspective as a contract for the sale of goods. However, the commercial distribution contract, where the relationship is superseded by a wider relationship between the parties, is considered one for the provision of services. The EU Member States’ courts have to determine the place of performance of the obligation foreseen in the contract according to the multiple categories provided by Article 7(1)(b) of the Brussels I Recast Regulation. The wording of the Article is complemented by the CJEU’s autonomous interpretation relieving the contractual parties from the characterisation that the national judge provides to the obligation. Otherwise, the judge will apply the designated law following the Rome I Regulation.

**91.** The service provision does not necessarily require a pecuniary exchange between the contracting parties according to the case law of the CJEU. Moreover, its case law has also shaped the allocation of jurisdiction in favour of EU Member State courts in case of non-contractual actions according to Article 7(2) of the Brussels I Recast Regulation. When certain substantive rules of the CISG are applicable to a contract for the sale of goods the judge cannot infer the place of delivery from the Convention in order to determine jurisdiction in the absence of a valid jurisdiction or arbitration clause.

**92.** When the claimant chooses not to sue the defendant in its place of residence, the special jurisdiction rules of Article 7(1)(b) of the Brussels I Recast Regulation allow starting proceedings in the main place of delivery, the place of provision of services or any of them in case of multiple destinations. The ‘centre of gravity’ approach is applicable in default of the previous criteria. The claims can be accumulated if the judge determines the place of performance of the main obligation according to the *Shenavai* case. In case of multiple obligations of equal importance, different proceedings may be initiated where appropriate as set out by the CJEU in the *Leathertex* judgment. Article 7(1)(b) is not applicable when a second or subsequent place of performance is located outside an EU Member State. The claimant can choose between starting proceedings in place of embarkation and disembarkation following the *Rehder* judgment dealing with passenger claims against an airline and the later *Zurich Insurance* case. The previous criterion is applicable to contracts for the provision of services including the carriage of goods by sea, air or road.

**93.** In the *GDF Suez* case the High Court allowed the claimant to choose between starting proceedings in England or Scotland. The remuneration concept is interpreted expansively by the CJEU

---

<sup>186</sup> J. CARRASCOSA GONZÁLEZ (note 160), pp. 249-253.

and the High Court considered that the payment of a bank guarantee by a third party to the contract, the instructing bank, to the claimant's issuing bank instead of the defendant. It can be said that the private international law rules of the EU in this matter constitute an example between continental law and judge made law that does not jeopardise legal security.

**94.** The CJEU has stated that if maritime sector usages give rise to an understanding that there is a common practice, then any operator knows or should be aware of that practice, since it may act as a contractual qualification of the agreed to and performed activities. The INCOTERMS do not automatically point out the specific address of cargo delivery according to the interpretation given by the CJEU. The place of transfer of the goods where the buyer took disposal of the goods is the relevant element to be considered.

**95.** The most efficient jurisdiction and applicable law, from a global and overall cost of conflict perspective, is the one agreed by the parties in case of contractual or non-contractual actions in case of a contract for the provision of services that includes the carriage of goods. The place where the goods are dispatched and delivered will be important in order to provide for international jurisdiction and the law where both parties reside if they are located in different States in the first case. The country where the damage occurs is relevant in the second case.

**96.** The Brussels I Recast Regulation is not isolated from the sector and usages of the transportation industry. Is the Brussels I Recast Regulation the best possible instrument to solve, for instance, maritime disputes from a private international law perspective? The international characteristics of this sector clashes with the limitations imposed by its territorial scope of application. The first court seized has jurisdiction under the *prior in tempore potior in jure* principle. Moreover, the parties are free to choose an EU Member State court (Articles 25 and 26) regardless of their domicile. This was a major achievement compared to its predecessor. However, that choice included in a contract for the carriage of goods by sea is not enforceable when the transport forms part of a wider contract for the provision of services. EU Member State courts will apply their private international law rules if the parties have chosen a non-EU Member State court.

**97.** Do the private international rules of the Brussels I Recast Regulation provide a better framework for litigation from a private international law perspective? Are the specialised conventions on the matter more efficient? The specialised conventions such as the Hamburg Rules or the still not in force Rotterdam Rules<sup>187</sup> provide alternative forums for the claimant to start proceedings against the carrier or the maritime performing party. These Conventions have a limited material and territorial scope of application compared to the Brussels I Recast Regulation and the 1958 New York Convention. It can also be said that the EU protects its private international rules.

**98.** Finally, the applicable law will be provided by the rigid criterion of the characteristic performance in case of contractual actions or the common place of residence of both parties with preference to the place where the damage occurs in case of non-contractual actions. The "escape clause" of Article 4(3) of Rome I and Rome II Regulations leads to the most efficient solution, from a global and overall cost of conflict perspective, providing for the law of the country more closely connected to the contract.

**99.** As a general conclusion, it can be said that the contract for the provision of services at an EU level surpasses the scope of failed international conventions for combined and multimodal transportation. However, academics and practitioners must be aware of the risks of providing a general framework that subsumes the contract for sale of goods including the different means of transport such as the carriage by sea.

---

<sup>187</sup> The Rotterdam Rules only foresees exclusive choice of court agreements on volume contracts. The Contracting States to the Rotterdam Rules have to opt-in to Chapters 14 (jurisdiction) and 15 (arbitration) to be abided by these provisions; *Vid.* note 81.

# ARBITRAJE COMO CAUCE DE RESOLUCIÓN DE LOS CONFLICTOS ADMINISTRATIVOS: ¿EVOLUCIÓN O REVOLUCIÓN?

## ARBITRATION FOR THE RESOLUTION OF ADMINISTRATIVE DISPUTES: EVOLUTION OR REVOLUTION?

CARLA ESPLUGUES BARONA

*Abogada en ejercicio y doctora en Derecho*

Recibido: 26.05.2019 / Aceptado: 19.06.2019

DOI: <https://doi.org/10.20318/cdt.2019.4951>

**Resumen:** El siglo XXI amanece con grandes cambios sociales y con la transformación de las propias estructuras de la Administración. Ambas variables afectan a las relaciones entre Administración y ciudadano y llevan a plantear la búsqueda de nuevos medios para la resolución de los conflictos. Frente a la fascinación existente por las denominadas *Alternative Dispute Resolution* o ADR, el Derecho administrativo se presenta como un ámbito repleto de obstáculos frente a las mismas.

**Palabras clave:** arbitraje, ADR, Derecho administrativo.

**Abstract:** The 21st century dawns with social changes and the transformation of the administrative structures. These changes affect the relations between the Administration and the citizens and lead to the search for new ways of solving their problems. Despite the existing allure for the so called Alternative Dispute Resolution or ADR, Administrative law remains a field full of obstacles to their incorporation.

**Keywords:** arbitration, ADR, Administrative Law.

**Sumario:** I. Tradicional negación del arbitraje como medio de resolución de los conflictos con la Administración. 1. Especialidades del control de la actividad de la Administración. 2. Análisis de constitucionalidad del arbitraje para la resolución de los conflictos administrativos. II. Incorporación de soluciones negociales al Derecho administrativo. 1. Regulación del arbitraje en las normas de Derecho administrativo español. 2. Figuras afines. 3. Contratación administrativa. 4. Arbitraje de inversiones. III. Estado actual y perspectiva de futuro de la incorporación del arbitraje como medio de resolución de los conflictos administrativos.

### **I. Tradicional negación del arbitraje como medio de resolución de los conflictos con la Administración**

1. El Derecho administrativo se ha caracterizado históricamente por la negación de cualquier posibilidad de someter los conflictos con la Administración a un tercero distinto a un juez. No debe olvidarse que las materias administrativas son por definición indisponibles y que, por mandato constitucional, la Administración se erige en garante del interés público. Es por ello por lo que, tradicionalmente, se ha negado a la Administración española cualquier posibilidad de transigir, de pactar, de convenir; negación que, sin embargo, ha ido relajándose con el paso de los tiempos.

2. A esta tradicional negación se suma la especial posición de la Administración frente a los ciudadanos y frente a los tribunales, derivado de su régimen exorbitante de potestades respecto del Derecho común. En este sentido, y a efectos del objeto de estudio que aquí interesa, conviene destacar que la Administración detiene el privilegio de autotutelarse, es decir, salvo previsión expresa en contrario, la Administración puede crear, modificar o extinguir situaciones jurídicas sin necesidad de auxilio judicial. Resulta evidente que la autotutela caracteriza y limita la tutela en el ámbito del Derecho administrativo.

3. El origen del Derecho administrativo se remonta a la Revolución Francesa y es en ella en la que es posible hallar el germen y la consolidación del modelo de Administración que nos ha acompañado desde ese momento de la Historia<sup>1</sup>. La Revolución Francesa conllevó la aparición de la Administración contemporánea y con ello, del Derecho administrativo como rama del ordenamiento jurídico.

4. No sólo eso, sino que la Justicia Administrativa<sup>2</sup>, tal y como se conoce hoy en día, surgió con la Revolución Francesa para tratar de poner en práctica el postulado básico de J. LOCKE Y J-J. ROUSSEAU de “poner a la Ley por encima del hombre”<sup>3</sup>. Hasta ese momento histórico, el aparato administrativo estaba única y exclusivamente al servicio del monarca, quien no sólo monopolizaba el poder legislativo sino también las facultades de impartir justicia.

5. Con todo ello, dejando atrás lo anterior, la Declaración de Derechos de 1789 plasmó ese ideal revolucionario de Justicia, reconociendo expresamente en su artículo 15 que “*la sociedad tiene el derecho de pedir cuentas a todo agente público de su Administración*”.

6. La idea de Justicia Administrativa ha ido, sin embargo, evolucionando hasta nuestros días. En la actualidad, dos son las vías por excelencia para resolver los conflictos de los ciudadanos con la Administración: el procedimiento administrativo y el contencioso-administrativo. Ambos cauces parecen, empero, abogarse insuficientes para dar una respuesta ágil y adaptada a las controversias suscitadas entre Administración y ciudadanos.

7. Por lo que al cauce administrativo respecta, la gran mayoría de los recursos administrativos no llegan a resolverse expresamente por la Administración, sino que se desestiman presuntamente, es decir, por silencio administrativo negativo. Pese a que no existen estadísticas oficiales sobre los mismos, resulta sorprendente que, según estadística elaborada por el Ministerio de Justicia, en el año 2011 el 61,9% de los recursos contencioso-administrativos se interponen contra la inactividad administrativa y en especial, contra el silencio administrativo negativo<sup>4</sup>.

8. Destaca, además, la escasa operatividad estructural de estos recursos, siendo que los recursos de alzada se plantean ante el superior jerárquico del órgano que lo dictó, y el de reposición ante el mismo órgano que lo dictó, lo que augura *per se* una baja probabilidad de estimación.

9. Por todo lo anterior, autores como FERNÁNDEZ RODRÍGUEZ subrayan el sinsentido de mantener hoy en día una dualidad de recursos administrativos ordinarios, heredada del pasado, y que difiere en el

---

<sup>1</sup> Vid. S. MUÑOZ MACHADO, *Tratado de Derecho administrativo y Derecho público general, Tomo I. Historia de las instituciones jurídico-administrativas-I*, Madrid, Boletín Oficial del Estado, 2015; E. GARCÍA DE ENTERRIA, “La revolución francesa y la formación del Derecho Público”, *Estructuras y formas del poder en la historia: ponencias*, 1991, pp. 157-176.

<sup>2</sup> El término *Justicia Administrativa* no ha sido expresamente acuñado dentro del Derecho administrativo, si bien consideramos que es un concepto ilustrativo para referirnos a la función de juzgar o resolver controversias (Justicia) relativa a conflictos con la Administración (administrativa). Referencias al término de Justicia Administrativa se encuentran J. GONZÁLEZ PÉREZ, “La situación actual de la Justicia administrativa”, *Anales de la Real Academia de Ciencias Morales y Políticas*, núm. 69, 1992.

<sup>3</sup> E. GARCÍA DE ENTERRIA, “La formación y el desarrollo en Europa de la Jurisdicción contencioso-administrativa. Su adquisición definitiva de un status de Jurisdicción plena y efectiva”, *Revista de Administración Pública*, núm. 179, mayo-agosto 2009, p. 168.

<sup>4</sup> Datos referenciados en el *Informe explicativo y propuesta de anteproyecto de ley de eficiencia de la Jurisdicción Contencioso-Administrativa*: [http://cija-uam.org/wp-content/uploads/2014/05/Informe\\_explicativo\\_APL\\_Jurisdic\\_Contenc-Admva-3.pdf](http://cija-uam.org/wp-content/uploads/2014/05/Informe_explicativo_APL_Jurisdic_Contenc-Admva-3.pdf)

órgano encargado de resolver el recurso<sup>5</sup>. Pero lo cierto es que el sistema actual favorece a la Administración y resulta difícil identificar motivos por los cuales ésta querría renunciar a las vías existentes en aras de un medio alternativo como el arbitraje.

10. En relación con la vía contencioso-administrativa, pese a que la lentitud y el colapso de los Tribunales de Justicia es un argumento de actualidad, lo cierto es que no se trata de un argumento solvente en torno al que articular la posible incorporación del arbitraje. La incorporación del arbitraje debiera plantearse en torno a otras ventajas tales como la rapidez de este cauce, y, principalmente, la especialización, permitiendo tanto a ciudadano como a Administración obtener una solución adaptada y eficaz a su controversia. En cualquier caso, como se expondrá en el presente artículo, debe negarse el recurso al arbitraje de manera generalizada, puesto que ello supondría un cambio de la concepción política y una transformación total de la Administración, tal y como se conoce en la actualidad. Su incorporación debiera plantearse sobre la base de la delimitación de una posible arbitrabilidad, analizando materia por materia, caso por caso.

11. Tradicionalmente, los argumentos contrarios al recurso al arbitraje para resolver conflictos que enfrenten a un tercero con la Administración oscilan desde la imposibilidad de la Administración de transigir, a la contraposición entre interés público y privado o entre discrecionalidad y legalidad. Es decir, la negación del recurso al arbitraje se articula esencialmente en torno a las particularidades del control de la actividad de la Administración y a ello, se añaden las dudas acerca de la constitucionalidad del arbitraje para la resolución de los conflictos administrativos.

## 1. Especialidades del control de la actividad de la Administración

12. La búsqueda de técnicas efectivas de control de la Administración ha sido una constante a lo largo de la Historia, bautizada en la década de los sesenta por GARCÍA DE ENTERRÍA como “*la lucha contra las inmunidades del poder*”<sup>6</sup>.

13. Como se ha indicado, el modelo administrativo español se caracteriza por la especial posición de la Administración ante los ciudadanos y ante los tribunales derivada de su **régimen** exorbitante de potestades con respecto al Derecho común, caracterizado especialmente por el tradicional principio de legalidad y el de autotutela. Sin duda, ambos principios singularizan y definen la tutela judicial en el seno del Derecho administrativo.

14. La Administración está sometida a la ley, pero también está delimitada por la misma. La idea de sometimiento a la ley proviene de los gobiernos asamblearios, en los que la falta de leyes de atribución de poderes conllevaba que la Administración no podía actuar. Por su parte, la máxima de que la Administración se encuentra limitada por las leyes surge de la Constituciones francesas de la Restauración, donde la falta de leyes suponía que la Administración podía actuar a su libre albedrío<sup>7</sup>.

15. En palabras de S. MUÑOZ MACHADO, legalidad significa “*primacía de la ley, también superioridad o jerarquía con respecto de cualquier otra clase de norma; explica también la competencia del legislador precisamente para llevar a término regulaciones que afectan los derechos y libertades; y está conectada, igualmente con la idea de habilitación*”<sup>8</sup>. O, lo que es lo mismo, se trata de afirmar que el Derecho administrativo “*es un hijo directo de la consagración del sistema revolucionario del “reino*

<sup>5</sup> T.R. FERNÁNDEZ RODRÍGUEZ, “Presentación: Reflexiones sobre la utilidad de la vía administrativa del recurso”, *Documentación Administrativa*, núm. 221, pp. 5-9.

<sup>6</sup> E. GARCÍA DE ENTERRÍA, “La lucha contra las inmunidades del poder en el Derecho Administrativo”, *Revista de Administración Pública*, núm. 38, 1962.

<sup>7</sup> S. CASSSESE, *Derecho administrativo: Historia y futuro*, Instituto Nacional de Administración Pública, 2014, p. 342.

<sup>8</sup> S. MUÑOZ MACHADO, *Tratado de Derecho administrativo y Derecho público general, Tomo I y III Historia de las instituciones jurídico-administrativas -I*, Madrid, Agencia Estatal Boletín Oficial del Estado, 2015, p. 99.

de la ley”, el cual supone la legalización completa de toda la acción del Estado sobre los ciudadanos, a quienes únicamente “en virtud de la Ley” se puede exigir obediencia”<sup>9</sup>.

16. El ejemplo más representativo del condicionamiento del control de la actuación de la Administración por el principio de legalidad deriva de la distinción entre potestades regladas y potestades discrecionales.

17. S. MUÑOZ MACHADO diferencia entre potestades regladas y discrecionales señalando que “si los fines a que tiene que dirigirse la actuación administrativa y las decisiones que puede legítimamente adoptar, en su función de servicio a los intereses generales, están predeterminados en la norma, las potestades de la Administración están vinculadas a las previsiones de dicha regulación y se denominan, por ello, regladas. Si la Administración, por el contrario, puede definir su propia política de actuación y optar, dentro del marco de la legalidad, entre diversas decisiones, todas las cuales son indiferentes para el ordenamiento y válidas, estamos ante una potestad discrecional”<sup>10</sup>. Es indudable que esta distinción incide en el alcance del control.

18. Originariamente, la discrecionalidad estaba excluida de control por parte de la jurisdicción contencioso-administrativa, asemejándola a los actos de autoridad o de imperio<sup>11</sup>. Frente a lo acaecido en Francia con la aparición del *excès de pouvoir*, en nuestro país el sometimiento de la discrecionalidad al control de los tribunales ha sido más lento. No fue hasta la Ley de la jurisdicción contencioso-administrativa de 1956<sup>12</sup> que se extendió el control judicial a las potestades discrecionales de la Administración. Y en este sentido, hoy en día la Constitución española establece en sus artículos 24 y 103.1 que corresponde a los tribunales el pleno control de la actividad administrativa, que, a su vez, está sometida a la ley y al Derecho.

19. Pese a lo anterior, los límites de ese control de la jurisdicción han dado lugar a importantes debates, manteniendo a la doctrina administrativista dividida. A título ejemplificativo, E. GARCÍA DE ENTERRÍA ha defendido el control judicial de la Administración como parte del control del propio sometimiento a la ley y al Derecho y del principio de interdicción de la arbitrariedad de los poderes públicos<sup>13</sup>. Por su parte, L. PAREJO ALFONSO se ha manifestado a favor de un control de la actuación administrativa de legalidad, pero no de razonabilidad, por cuanto el juez “no desempeña función alguna en la creación de normas jurídicas”<sup>14</sup>.

20. Mientras la legalidad es el marco en el que debe moverse toda actuación administrativa, la autotutela, por su parte, es una ventaja o privilegio referido a las relaciones de la Administración con otros sujetos. La Administración está capacitada para tutelar sus propias situaciones jurídicas<sup>15</sup>.

21. Si bien fue E. GARCÍA DE ENTERRÍA quien acuñó la noción de *autotutela* administrativa, lo cierto es que la misma no es una creación del Derecho administrativo moderno, sino que trae causa del proceso de transformación histórico de las relaciones entre la Administración y la Justicia.

<sup>9</sup> E. GARCÍA DE ENTERRÍA, *Democracia, jueces y control de la Administración*, Madrid, Civitas, 2ª ed., 1996, p. 40.

<sup>10</sup> S. MUÑOZ MACHADO, *Tratado de Derecho administrativo y Derecho Público General, Tomo III*, cit., p. 230.

<sup>11</sup> En este sentido, la Ley de la Jurisdicción Contencioso-Administrativa de 1888 dispuso en su artículo 1º que “*el recurso contencioso-administrativo podrá interponerse por la Administración ó por los particulares contra las resoluciones administrativas que reúnan los requisitos siguientes: 1º. Que causen estado. 2º. Que emanen de la Administración en el ejercicio de sus facultades regladas. 3º. Que vulneren un derecho de carácter administrativo establecido anteriormente en favor del demandante por una ley, un reglamento ú otro precepto administrativo.*”

<sup>12</sup> BOE núm. 363/1956, de 26 de diciembre de 1956.

<sup>13</sup> Especialmente, en E. GARCÍA DE ENTERRÍA, *Democracia, jueces y control de la Administración*, cit. Posición que sería defendida también por T.R. FERNÁNDEZ RODRÍGUEZ en *De la arbitrariedad de la Administración*, Madrid, Civitas, 1994. Ambos autores contemplan, además, la posibilidad de sustitución por los jueces de las decisiones administrativas

<sup>14</sup> L. PAREJO ALFONSO, *Administrar y juzgar: dos funciones constitucionales distintas y complementarias*, Madrid, Tecnos, 1993, pp. 47-21. Pero lo cierto es que reconoce la posibilidad de sustitución por el juez de la decisión administrativa cuando exista una regla de derecho objetivo (aplicación directa de un precepto legal) que permita determinar una solución concreta.

<sup>15</sup> E. GARCÍA DE ENTERRÍA, “La formación histórica del principio de autotutela de la Administración”, en *Moneda y crédito* núm. 128, 1974, pp. 81-82.



22. En la actualidad, la Administración continúa gozando de una especial posición frente a los tribunales de Justicia. Pero la autotutela no supone la exclusión del control de los tribunales. Se ejerce también con el fin último de defender los intereses generales. Y es que la propia singularidad administrativa es la que hace quebrar la heterotutela por cuanto que la Administración –se entiende–, erigida como garante máximo del interés público, es quien mejor lo tutela.

23. El Tribunal Constitucional ha reconocido que la autotutela administrativa no es contraria a la Constitución siempre que respete los derechos fundamentales<sup>16</sup>. Sin embargo, algunos autores como R. GARCÍA MACHO y J.L. BLASCO DIAZ<sup>17</sup> defienden un análisis de “mayor calado” de la idea de efectividad de la Administración, en el sentido de que la autotutela administrativa no está realmente reconocida por la Constitución, de manera que debiera existir una norma habilitante que estableciera con precisión su contenido material. Si bien estos autores reconocen que la Administración requiere de autonomía para dar cumplimiento a los intereses generales, entienden que debe hacerlo desde una vinculación plena a la ley y al Derecho.

24. Sin embargo, como ya se ha apuntado, el tradicional modelo dual de control de la actuación administrativa, caracterizado por los recursos administrativos y los recursos judiciales, se aboga ineficaz e insuficiente para resolver estos conflictos administrativos, que cada vez son más numerosos y variados y requieren una respuesta más especializada.

25. En este complejo escenario, la aparición de los medios alternativos de resolución de conflictos, las denominadas *Alternative Dispute Resolution* o *ADR*, llevan a plantear si éstas pudieran tener cabida en el Derecho administrativo y, en su caso, cómo sería dicha incorporación y cuáles serían sus límites y reservas.

## 2. Análisis de constitucionalidad del arbitraje para la resolución de los conflictos administrativos

26. En las relaciones con la Administración entran en juego los artículos 103 y 106 de la Constitución Española, que condicionan el control de la Administración, y que sirven de base para cuestionar la aceptación de la vía arbitral para la resolución de los conflictos con la Administración<sup>18</sup>.

27. El artículo 103.1 de nuestra Carta Magna dispone que “*La Administración Pública sirve con objetividad los intereses generales y actúa de acuerdo con los principios de eficacia, jerarquía, descentralización, desconcentración y coordinación, con sometimiento pleno a la ley y al Derecho*”, y por su parte el artículo 106.1 añade que “*Los Tribunales controlan la potestad reglamentaria y la legalidad de la actuación administrativa, así como el sometimiento de ésta a los fines que la justifican.*” El artículo 103 establece, por tanto, que la Administración sirve al interés público, mientras que el artículo 106 prevé que el control de la legalidad de la actuación administrativa corresponde a los tribunales de Justicia, debiendo conciliarse este control judicial con la autotutela administrativa.

28. Adicionalmente, el artículo 117.3 de la Constitución viene a atribuir en exclusiva a los jueces y tribunales la función jurisdiccional. Se trata, en palabras de S. MUÑOZ MACHADO, de una “*reserva de la función jurisdiccional*” en los jueces y tribunales, que se impone como límite constitucional al

<sup>16</sup> Una de las primeras Sentencias del TC que marcó una trayectoria posterior fue la STC 22/1984, de 17 de febrero: “*Una vez admitida la conformidad con la Constitución de la potestad administrativa de autotutela, en virtud de la cual se permite que la Administración emane actos declaratorios de la existencia y límites de sus propios derechos con eficacia ejecutiva inmediata, hay en seguida que señalar que la Administración, que, a través de sus órganos competentes, procede a la ejecución forzosa de actos administrativos, tiene en los actos de ejecución que respetar los derechos fundamentales de los sujetos pasivos de la ejecución.*”

<sup>17</sup> R. GARCÍA MACHO, J.L. BLASCO DIAZ, “Autotutela administrativa”, en S. MUÑOZ MACHADO, *Diccionario de Derecho Administrativo*, Madrid, Iustel, 2005, p. 295.

<sup>18</sup> Para mayor desarrollo puede verse C. ESPLUGUES BARONA, *Arbitraje y Derecho administrativo. Teoría y realidad*, Valencia, Tirant lo Blanch, 2018, pp. 177-181.

ejercicio por los demás poderes del Estado de sus propias funciones<sup>19</sup>. Sin embargo, los árbitros ni ejercen la función jurisdiccional, ni gozan de *imperium* para hacer ejecutar lo juzgado por lo que no existe incidencia respecto de este artículo 117.3<sup>20</sup>.

**29.** Partiendo de estos preceptos, conviene plantear si la configuración constitucional actual permite incorporar cauces alternativos de solución de los conflictos en los que una de las partes es la Administración. Quedarían exentas de este planteamiento las entidades privadas integrantes del sector público<sup>21</sup>, al no tener carácter de Administración Pública<sup>22</sup>.

**30.** Así, el Tribunal Constitucional ha declarado que únicamente se entienden como constitucionalmente inadmisibles aquellos obstáculos al enjuiciamiento del fondo de un asunto que sean innecesarios y excesivos y que carezcan de cualquier razonabilidad y proporcionalidad (STC 76/1996, de 30 de abril de 1996<sup>23</sup>, 60/1989, de 16 de marzo<sup>24</sup>, 164/1991, de 18 de julio<sup>25</sup>, o 48/1995, de 14 de febrero<sup>26</sup>, entre otras).

**31.** A mayor abundamiento, el Tribunal Constitucional ha reconocido, aunque en relación con el Derecho privado, que el arbitraje es un “*equivalente jurisdiccional*” (entre otras en STC 62/1991, de 22 de marzo<sup>27</sup> y STC 288/1993, de 4 de octubre<sup>28</sup>) y ha expresado su compatibilidad con el dere-

<sup>19</sup> Puede verse S. MUÑOZ MACHADO, *La reserva de jurisdicción*, Madrid, La Ley, 1989.

<sup>20</sup> En este sentido, ATC 701/1988, de 6 de junio: “*Para resolver el presente recurso de amparo constitucional, ha de señalarse, ante todo, que el derecho a la tutela judicial efectiva que reconoce y consagra el art. 24 de la Constitución se refiere a una actividad prestacional del Estado, que es la prestación de actividad jurisdiccional de jueces y tribunales, es decir, por los órganos jurisdiccionales del Estado, integrados en el Poder Judicial, habiendo de destacarse asimismo que el recurso de amparo constitucional se da contra los actos de poderes públicos que lesionan los derechos fundamentales. Ello significa que, si bien en algunos casos los pronunciamientos de los Tribunales de Justicia respecto de las decisiones de los árbitros pueden ser vulneradoras de tal derecho, esta regla no puede extenderse más allá de los límites que establece el precepto constitucional, pues, aunque pudiera admitirse con algún sector doctrinal que la actividad de los árbitros de Derecho privado es una actividad propiamente jurisdiccional, en la medida en que produce efectos de cosa juzgada, de ello no deriva necesariamente su sumisión a los preceptos constitucionales, especialmente en aquellos casos en que por ser el arbitraje de equidad, las partes, en virtud del juego de la autonomía de la voluntad, manifestada en el contrato de compromiso, o previamente en las cláusulas o pactos compromisorios, se han autoexcluido no solamente de la actividad jurisdiccional de los órganos jurisdiccionales del Estado, sino de la vinculación al ordenamiento jurídico, sometiendo sus conflictos y litigios a decisiones de equidad o, como suele decirse, al leal saber y entender de los árbitros*” (Fundamento Jurídico 1).

<sup>21</sup> En este sentido, destacamos entre otras, la STS de 6 de marzo de 1987 (RJ 1987, 1419), que en relación con una sociedad mercantil de carácter estatal concluyó lo que sigue: “*(...) es evidente que en lo que concierne a esta actividad, dentro de lo que constituya el tráfico ordinario y normal de la misma, no ha de verse constreñida por una limitación tan rigorista y contundente como la establecida en el ya señalado artículo 41, sino que ello viene reglamentado por el artículo 106 de dicha Ley que se remite a la Ley de Entidades Estatales Autónomas de 26 de Diciembre de 1958 (RCL 1958\2073; RCL 1959\12 y NDL 22828), en cuyo artículo 91 se determina que las empresas nacionales se regirán por las normas de Derecho mercantil, civil y laboral, salvo lo establecido en este título y disposiciones especiales aplicables a las mismas. Con ello, coincide también la propia Ley General Presupuestaria de 4 de Enero de 1977 (RCL 1977\48 y ApNDL 1975-85, 122), que en sus artículos 6-1 y 2 reenvía al Derecho mercantil, civil o laboral la regulación de las Sociedades estatales, salvo en las materias en las que les sea aplicable la propia Ley, que en definitiva se refiere a su actividad puramente administrativa, macroeconómica y financiera, como se deduce de sus artículos 87 a 91.*”

*En conclusión, como quiera que los extremos sobre los que ha versado el arbitraje y equidad y en definitiva el Laudo emitido por los árbitros, recae sobre materias propias de una actividad mercantil consonante con la específica del objeto social de la empresa expropiada y erigida de esta suerte en Sociedad estatal, no cabe argüir, como se hace en el recurso presente que esté sujeto a una regulación específica y excluyente de la Ley de Arbitrajes privados de 22 de Diciembre de 1953 (RCL 1953\1734 y NDL 1462) según su artículo 14, de donde se infiere que el único motivo de nulidad esgrimido al amparo del artículo 30 de dicha Ley en relación con el artículo 1.691-3 de la Ley de Enjuiciamiento Civil, anterior a su modificación por la Ley 34/1984 (RCL 1984\2040 y ApNDL 1975-85, 4257) dada la fecha de interposición del recurso, no puede prosperar.”* (Fundamento Jurídico 3).

<sup>22</sup> Ley 40/2015, de 1 de octubre, de Régimen Jurídico del Sector Público (BOE núm. 236, de 2 de octubre de 2015)

<sup>23</sup> BOE núm. 132, de 31 de mayo de 1996, pp. 25-31.

<sup>24</sup> ECLI:ES:TC:1989:60

<sup>25</sup> ECLI:ES:TC:1991:164

<sup>26</sup> ECLI:ES:TC:1995:48

<sup>27</sup> ECLI:ES:TC:1991:62

<sup>28</sup> ECLI:ES:TC:1993:288

cho a la tutela judicial efectiva (STC 174/1995, de 25 de noviembre<sup>29</sup> y la STC 176/1996, de 11 de noviembre<sup>30</sup>).

**32.** Sin embargo, en el ámbito del Derecho administrativo entran en juego los citados artículos 103 y 106, que impiden que lo reconocido por el Tribunal Constitucional en el ámbito del Derecho privado sea directamente extrapolable a esta rama del Derecho.

**33.** Como en todo lo que respecta a la materia interesada, los autores se encuentran divididos en sus posiciones doctrinales. Autores como R. BUSTILLO BOLADO defienden la incompatibilidad del arbitraje en materia administrativa con los citados preceptos constitucionales. Para este autor el término “tribunales” está limitando el control de la Administración a un órgano jurisdiccional<sup>31</sup>. Empero, propone dos razonamientos de admisión del arbitraje<sup>32</sup>, partiendo de los razonamientos contenidos en la Sentencia del Tribunal Constitución 34/1995, de 6 de febrero. El primero pasaría por entender el arbitraje como “una exclusión legal expresa y fundada en motivos suficientes a la regla general del artículo 106.1 CE”, en aras del derecho a la tutela judicial efectiva y a un proceso público sin dilaciones. El segundo razonamiento, por su parte, se fundamenta entre otras, en la jurisprudencia del Tribunal Constitucional (con especial referencia a la ya apuntada STC 34/1995, de 6 de febrero), a cuyo tenor “la Constitución no ha definido cuáles han de ser ‘los instrumentos procesales que hagan posible ese control jurisdiccional’...”<sup>33</sup>, y, por tanto, permitiría entender que el arbitraje se enmarca dentro de los supuestos de control del artículo 106.1 CE.

**34.** Otros autores como F. LÓPEZ MENUDO, con los que coincidimos, entienden, por su parte, que hay que analizar el artículo 106.1 desde la óptica de la exigencia de control judicial de una determinada actuación priorizando en todo momento el control frente a una ausencia de control. En este sentido, la alternativa de recurrir a un tercero imparcial que desempeñe funciones de “equivalente jurisdiccional” (expresión del Tribunal Constitucional) debería ser priorizada frente a la ausencia de control. Aun cuando la Constitución no contempla estas fórmulas arbitrales, lo cierto es que tampoco las excluye<sup>34</sup>.

**35.** J. TORNOS MAS y J. ROSA MONTERO defienden también una interpretación abierta y extensiva de los preceptos constitucionales. El primero considera que lo que debe garantizarse es la inexistencia de zonas exentas de control, pero se muestra propenso a la aceptación de medios de resolución alternativos a los tribunales<sup>35</sup>. Por su parte, J. ROSA MONTERO ahonda en un elemento relevante a la hora de determinar la aceptabilidad del arbitraje como medio de resolución de los conflictos administrativos, esto es, la disponibilidad de las materias. Para este autor, la clave reside, igual que para el arbitraje de Derecho privado, en el principio de libre disposición y de autonomía de la voluntad.

**36.** El Estado puede disponer sobre aquellas materias que así se lo permitan, siendo que, en virtud del principio de legalidad, será, en todo caso, la ley la que deberá fijar el contenido de dicha autonomía. Propugna por tanto que no puede establecerse una “admisibilidad genérica e ilimitada”, sino que habrá que estar a la materia concreta<sup>36</sup>.

**37.** Téngase presente que las materias susceptibles de someterse a arbitraje deben ser materias de libre disposición de las partes, y de ahí las cautelas por parte del Derecho público, puesto que la ac-

<sup>29</sup> ECLI:ES:TC:1995:174

<sup>30</sup> ECLI:ES:TC:1993:288

<sup>31</sup> R. BUSTILLO BOLADO, *Convenios y Contratos Administrativos: Transacción, Arbitraje y Terminación Convencional del Procedimiento*, Navarra, Aranzadi, 2004, p. 456.

<sup>32</sup> R. BUSTILLO BOLADO, *Convenios y contratos administrativos...*, ob cit, p. 458-460.

<sup>33</sup> Fundamento Jurídico tercero.

<sup>34</sup> F. LÓPEZ MENUDO, “Arbitraje y Derecho público”, *Revista de Derecho Administrativo*, núm. 2, Madrid, 1999, p. 12.

<sup>35</sup> J. TORNOS MAS, “Medios complementarios a la resolución jurisdiccional de los conflictos administrativos”, *Revista de Administración Pública*, núm. 136, 1995.

<sup>36</sup> J. ROSA MONTERO, *El arbitraje administrativo*, Madrid, Mc Graw-Hill, 1998, p. 77-79.

tuación administrativa está vinculada al principio de legalidad y de ahí que surjan dudas acerca de si la misma podría entenderse incluida dentro del concepto de “libre disposición”<sup>37</sup>.

38. Nuestro entendimiento es que debe concluirse la constitucionalidad del recurso al arbitraje también en aquellos supuestos en los que la Administración es parte en conflicto, puesto que debe primar una interpretación extensiva de dichos preceptos, siendo que prevalece el control de la actividad de la Administración y el derecho a la tutela judicial efectiva, sin dejar zonas exentas de control<sup>38</sup>. Sin embargo, no puede admitirse el recurso al arbitraje para la resolución de todos los conflictos administrativos de manera indiscriminada. No puede aceptarse un arbitraje administrativo obligatorio, sino que resulta necesario delimitar la arbitrabilidad o no del objeto de la controversia, garantizando en todo momento, el respeto al interés público<sup>39</sup>.

## II. Incorporación de soluciones negociales al Derecho administrativo

39. Las transformaciones sociales que han acaecido durante el último siglo, así como la propia evolución política y económica han conllevado una innegable búsqueda de nuevas formas de abordar los conflictos administrativos.

40. Frente a la tradicional negación de someter los conflictos administrativos a cualquier tercero que no sea un juez, encontramos ejemplos en nuestro ordenamiento que evidencian la apertura hacia la búsqueda de soluciones negociales alternativas a las tradicionales vías existentes, para la resolución de los conflictos con la Administración.

41. El reto en estos años se ha encontrado en la combinación y equilibrio entre la exigencia del principio de legalidad administrativa con la necesidad de consagrar la eficiencia del modelo y a su vez su extensión a quienes exigen y necesitan de esa eficiencia, que son los ciudadanos.

### 1. Regulación del arbitraje en las normas de Derecho administrativo español

42. La primera referencia que se puede encontrar en las normas de Derecho público sobre arbitraje se remonta al Real Decreto de Presidencia del Consejo de Ministros de 27 de febrero de 1852<sup>40</sup> por el que se establece la primera normativa española sobre contratos de servicios públicos. Dicho Real Decreto prohibía expresamente en su artículo 12 recurrir al arbitraje para resolver conflictos derivados de la ejecución de los contratos en los que la Administración fuera parte, obligando a que fuera necesariamente la jurisdicción contencioso-administrativa la que conociera de tales discrepancias.

43. Casi sesenta años después, con la Ley de Administración y Contabilidad de la Hacienda Pública de 1911 se produce una cierta apertura, permitiendo el arbitraje para la resolución de los conflictos relativos a derechos de la Hacienda pública, siempre que una Ley previa así lo autorizase. Esta misma concepción se reprodujo en la Ley 89/1962, de 24 de diciembre, de Bases del Patrimonio del Estado<sup>41</sup>, respecto de los bienes o derechos patrimoniales.

---

<sup>37</sup> J.M. TRAYTER., “El arbitraje en Derecho Administrativo”, *Revista de Administración Pública*, núm. 143, mayo-agosto 1997, p. 85.

<sup>38</sup> En el mismo sentido concluye, entre otros, R. BUSTILLO BOLADO, *Convenios y Contratos Administrativos: Transacción, Arbitraje y Terminación Convencional del Procedimiento*, Pamplona, Aranzadi, 2004, 2ª ed., p. 456.

<sup>39</sup> Un estudio de las posibles materias arbitrables en Derecho administrativo puede verse en C. ESPLUGUES BARONA, *Arbitraje y Derecho administrativo...*, cit., pp. 229-250.

<sup>40</sup> BOE de 2 de octubre de 1852

<sup>41</sup> BOE de 27 diciembre de 1962

44. En la década de los años ochenta, la Ley General Presupuestaria del año 1988 (aprobada por Real Decreto Legislativo 1091/1988<sup>42</sup>) incorporó la posibilidad de someter a arbitraje las controversias relativas a derechos de la Hacienda Pública, esta vez cuando así se decidiera expresamente por el Consejo de Ministros, previa audiencia del Consejo de Estado.

45. Numerosos son los ejemplos posteriores que han continuado con la idea de sometimiento a arbitraje de determinados conflictos sectoriales con restricciones, siempre y cuando exista una habilitación o autorización expresa.

46. Pero fue con la Ley 30/1992, de 26 de noviembre, de Régimen Jurídico de las Administraciones Públicas y del Procedimiento Administrativo Común (LRJPAC)<sup>43</sup> se incorporó de manera evidente la posibilidad de recurrir a otros cauces, distintos de los ya existentes, para resolver los conflictos administrativos. Así, el entonces artículo 88.1 de la LRJPAC establecía que: *“Las Administraciones Públicas podrán celebrar acuerdos, pactos, convenios o contratos con personas, tanto de derecho público como privado, siempre que no sean contrarios al Ordenamiento Jurídico ni versen sobre materias no susceptibles de transacción”*, reconociendo, por tanto, la posibilidad de disponer por parte de la Administración.

47. A mayor abundamiento, el artículo 107.2 de la LRJPAC incorporó expresamente la posibilidad de sustituir mediante ley, el recurso de alzada o reposición *“por otros procedimientos de impugnación, reclamación, conciliación, mediación y arbitraje”*, ante órganos colegiados no sometidos a instrucciones jerárquicas y respetando los principios, garantías y plazos del procedimiento administrativo. Por tanto, el legislador español del año 1992 incorporó la posibilidad de recurrir a cauces alternativos, entre ellos el arbitraje, para la resolución de los conflictos administrativos.

48. Pese a que pudiere parecer lo contrario, el artículo 107.2 de la LRJPAC no incorporó una vía arbitral equivalente al arbitraje como se conoce en Derecho privado, sino una vía arbitral sustitutiva y alternativa de los recursos administrativos, regida por los principios, garantías y plazos aplicables al procedimiento administrativo y carente de los elementos esenciales del arbitraje propio, como el efecto de cosa juzgada. Es decir, las decisiones que se adoptaren en dicha vía arbitral tendrían consideración de acto administrativo y serían recurribles en vía judicial, careciendo de una de las notas esenciales del arbitraje tal y como lo conocemos, esto es, el valor de cosa juzgada<sup>44</sup>.

49. Con todo ello, no puede negarse que el artículo 107.2 de la LRJPAC supuso una innovación y evidenció el interés del legislador español de aquel entonces por la búsqueda de nuevos cauces para resolver los conflictos administrativos. Sin embargo, su virtualidad práctica fue prácticamente nula, siendo el ejemplo más representativo el del Tribunal Administrativo del Deporte.

50. Empero, el legislador español del año 2015 decidió reproducir literalmente en la nueva ley de procedimiento administrativo (artículo 112.2 de la Ley 39/2015, de 1 de octubre, del Procedimiento Administrativo Común de las Administraciones Públicas (LPAC)<sup>45</sup>).

51. Por tanto, a día de hoy resulta innegable que existe en nuestro ordenamiento una previsión que permitiría desarrollar un cauce, que aun cuando no equivalente a la vía jurisdiccional, sí sería sustitutivo de los recursos administrativos.

## 2. Figuras afines

52. Como consecuencia de la aprobación de la LRJPAC, surgen normas en las que se incorporan técnicas sustitutivas de los recursos administrativos que se denominan en algunos casos arbitrajes, pero

<sup>42</sup> BOE de 29 de septiembre de 1988

<sup>43</sup> BOE de 27 de noviembre de 1992

<sup>44</sup> M. GARCÍA PÉREZ, *Arbitraje y Derecho Administrativo*, Pamplona, Aranzadi-Thomson Reuters, 2011, p. 114.

<sup>45</sup> BOE de 2 de octubre de 2015

que realmente no lo son. El legislador ha empleado el término de arbitrajes administrativos, pero en realidad son cauces administrativos en los que los elementos esenciales del arbitraje (función jurisdiccional, voluntariedad, independencia e imparcialidad etc.) no concurren.

53. J.R. PARADA VÁZQUEZ emplea el calificativo de “*actividad administrativa arbitral*”<sup>46</sup> para referirse a la actividad de la Administración Pública cuando decide controversias o conflictos entre los ciudadanos sobre derechos privados o administrativos. Se trata, por ejemplo, de las Juntas arbitrales de consumo, las antiguas comisiones de sectores regulados (energía, telecomunicaciones, etc.), las funciones arbitrales de la actual Comisión Nacional de los Mercados y la Competencia (CNMC), entre otras. Así, la actividad administrativa arbitral implica que la Administración resuelve el conflicto surgido entre dos particulares, mientras que, recordemos, en el caso del arbitraje en Derecho administrativo propiamente dicho la Administración es una de las partes en conflicto que se somete al arbitraje de un tercero.

54. Existe una segunda categoría de supuestos, en los que, por el contrario, los elementos básicos de naturalización del arbitraje están ausentes. Se trata de aquellos supuestos a que refiere actualmente el artículo 112.2 de la LPAC, que no son propiamente arbitraje, sino que están próximos a una modalidad de procedimiento administrativo. La Administración actúa a la vez como parte en conflicto y como órgano decisor, lo que implica obviamente una quiebra de los componentes esenciales de la institución del arbitraje. Como ya se ha indicado, el desarrollo normativo del artículo 107.2 de la LRJPAC, actual artículo 112.2 de la LPAC ha sido escaso y muy pocas leyes sectoriales han llegado a implantar cauces de revisión sustitutivos de los recursos administrativos. El ejemplo más significativo sería el del arbitraje en materia deportiva<sup>47</sup>.

55. En tercer lugar, con la Ley 11/2011, de 20 de mayo<sup>48</sup>, surge la posibilidad de utilizar el “arbitraje” referido a la resolución de conflictos intraadministrativos, regulando un cauce específico procedimental destinado a resolver conflictos internos entre la propia Administración General del Estado y sus entes instrumentales. Su Disposición Adicional Única incorpora un cauce para la resolución de conflictos en el seno de la propia Administración. Se trata nuevamente de un cauce administrativo, no voluntario, aunque la resolución no será recurrible ante la jurisdicción<sup>49</sup>.

56. No obstante lo anterior, el verdadero arbitraje administrativo debería ser el que tuviera vocación de ser *sustituto de* (no en vano se emplea el término de “alternativo” al referirnos al arbitraje como institución en el ordenamiento jurídico), medio de solución de los conflictos más allá del control judicial. Para ello el órgano que resuelve debe ser neutral y no ser parte y decisor. Y, además, la decisión no debería someterse a control posterior, porque la esencia del arbitraje es y debe ser que la decisión sea título ejecutivo extrajurisdiccional.

57. Pese a todo, las figuras existentes en el ordenamiento administrativo podrían servir de ejemplo e inspiración para la construcción del modelo de arbitraje administrativo, demostrando a través de su experiencia, los puntos clave y los desarrollos que pudieran tomarse en consideración.

### 3. Contratación administrativa

58. Si reflexionamos acerca del ámbito por excelencia para la incorporación del arbitraje como cauce de resolución de conflictos con la Administración este sería, sin duda, el de la contratación.

<sup>46</sup> J.R. PARADA VÁZQUEZ: *Derecho Administrativo I. Parte General*, Madrid, Marcial Pons, 1994, 6ª ed., pp. 533 y ss.

<sup>47</sup> Vid. C. ESPLUGUES BARONA, *Arbitraje y Derecho administrativo*, cit., pp. 168-172; E. GAMERO CASADO, “La revisión de las sanciones” en A. MILLÁN GARRIDO (Coord.), *Comentarios a la Ley Orgánica de Protección de la Salud y de Lucha contra el Dopaje en el Deporte*, Barcelona, Bosch, 2007.

<sup>48</sup> BOE de 21 de mayo de 2011

<sup>49</sup> Para un análisis más exhaustivo de este cauce, puede verse B. BELANDO GARÍN, “Disposición Adicional Única”, en S. BARONA VILAR (Coord.), *Comentarios a la Ley de Arbitraje. Ley 60/2003, de 23 de diciembre, tras la reforma de la Ley 11/2011, de 20 de mayo*, Cizur Menor, Civitas-Thomson Reuters, 2011, 2 ed.; B. LOZANO CUTANDA, “El nuevo “arbitraje” entre la Administración y sus entes instrumentales”, *Diario La Ley*, núm. 7716, Sección Tribuna, La Ley, 17 octubre 2011.

59. El principal obstáculo para la aceptación de la institución arbitral en los contratos celebrados entre sujetos privados y Administración se debió al régimen exorbitante de potestades de la Administración y su especial posición en los contratos, frente a una institución como el arbitraje, de marcado carácter privado y basada en la igualdad y la autonomía de las partes.

60. Como ya se ha expuesto, históricamente la regla general era la de la prohibición total del arbitraje en materia de contratación, ejemplificada en el citado Real Decreto del Consejo de Ministros de 1852.

61. No será hasta cien años después que comenzaría a plantearse una cierta apertura. Durante la tramitación del anteproyecto de la Ley 13/1995, de 18 de mayo, de Contratos de las Administraciones Públicas<sup>50</sup> el Consejo de Estado<sup>51</sup> evidenció un trato desigual entre los contratos suscritos con empresas nacionales y los firmados con empresas extranjeras<sup>52</sup>, evidenciando la necesidad de incorporar el arbitraje para toda la contratación administrativa, sin distinción de nacionalidad de las partes contratantes.

62. Pese a ello, el artículo 117.3 de dicha Ley 13/1995 estableció que *“En los contratos con empresas extranjeras se procurará, cuando las circunstancias lo aconsejen, la incorporación de cláusulas tendentes a resolver las discrepancias que puedan surgir mediante fórmulas sencillas de arbitraje. En estos contratos se podrá transigir previa autorización del Consejo de Ministros”*, añadiendo en su artículo 61.2 que *el sometimiento a arbitraje se sujetará a los requisitos establecidos en la Ley General Presupuestaria o en las correspondientes normas de otras Administraciones Públicas*. Es decir, mientras para los contratos celebrados con empresas españolas la Ley exigía la necesidad de aprobación mediante Real Decreto del Consejo de Ministros, previa audiencia del Consejo de Estado, favorecía el recurso al arbitraje para aquellos contratos celebrados con empresas extranjeras.

63. El Real Decreto Legislativo 2/2000, de 16 de junio, por el que se aprueba el texto refundido de la Ley de Contratos de las Administraciones Públicas<sup>53</sup>, se mantuvo en la misma línea, recogiendo el mismo tenor en sus artículos 60.2 y 117.3.

64. Fue con la Ley 30/2007, de 30 de octubre, de Contratos del Sector Público<sup>54</sup>, que se reconoció de manera evidente que *“Los entes, organismos y entidades del Sector Público que no tengan el carácter de Administración Pública podrán remitir a un arbitraje, conforme a las disposiciones de la Ley 60/2003, de 23 de diciembre, de Arbitraje, la solución de las diferencias que puedan surgir sobre los efectos, cumplimiento y extinción de los contratos que celebren.”* La Ley 30/2007 permite así, que las entidades públicas que no tengan carácter de Administraciones Públicas sometan a arbitraje aquellas dispuestas que puedan surgir durante la vida de sus contratos, declarando explícitamente la arbitrabilidad de los conflictos relativos a la ejecución y extinción de los contratos. Desaparece, además, en la Ley 30/2007 el condicionamiento del sometimiento a arbitraje a lo dispuesto por la Ley General Presupuestaria.

65. La Ley 30/2007 registró la posibilidad de someter a arbitraje de Derecho privado aquellas controversias surgidas en relación con los efectos, cumplimientos y extinción de los contratos celebrados con entes, organismos y entidades del sector público que no tengan el carácter de Administración Pública, es decir, de los contratos privados. Por tanto, excluye el arbitraje en los contratos administrativos, propiamente dichos, y no remite a un posible modelo arbitral de Derecho administrativo, sino a las normas de la Ley 60/2003, de 23 de diciembre, de arbitraje<sup>55</sup>. Pese a que pudiera

<sup>50</sup> BOE de 19 de mayo de 1995

<sup>51</sup> Dictamen del Consejo de Estado 214/1992, de 21 de mayo: <http://doctrina-administrativa.vlex.es/vid/-314968890>.

<sup>52</sup> F. GARCÍA ORTELLS, “La aceptación del arbitraje en el ámbito del Derecho Público”, *Revista del Club Español del Arbitraje*, núm. 16, 2013.

<sup>53</sup> BOE de 21 de junio de 2000

<sup>54</sup> BOE de 31 de octubre de 2007

<sup>55</sup> BOE de 26 de diciembre de 2003

parecer lo contrario, no se está planteando el recurso al arbitraje para la resolución de controversias de Derecho administrativo, sino única y exclusivamente la posibilidad de someter a arbitraje de Derecho privado aquellas cuestiones de la contratación con las Administraciones Públicas que se rige *per se* a Derecho privado.

66. Dicho precepto de la Ley 30/2007, se reprodujo en el artículo 50 del Real Decreto Legislativo 3/2011, de 14 de noviembre, por el que se aprueba el texto refundido de la Ley de Contratos del Sector Público, pero ha sido suprimido en la actual Ley 9/2017, de 9 de noviembre, de Contratos del Sector Público, por la que se transponen al ordenamiento jurídico español las Directivas del Parlamento Europeo y del Consejo 2014/23/UE y 2014/24/UE, de 26 de febrero de 2014.

67. El legislador del año 2017 ha optado por eliminar la remisión al recurso al arbitraje para los contratos privados y ha mantenido únicamente la necesidad de incorporar cláusulas arbitrales en los contratos con empresas extranjeras.

#### 4. Arbitraje de inversiones

68. El arbitraje de inversiones es un claro exponente del recurso a esta institución para resolver conflictos entre Estados y particulares. Pese a que este mecanismo ya se recogió en el Convenio sobre arreglo de diferencias relativas a inversiones entre Estados y nacionales de otros Estados, hecho en Washington el 18 de marzo de 1965 (más conocido como Convenio CIADI), lo cierto es que se ha incrementado espectacularmente en las últimas décadas<sup>56</sup>.

69. El modelo CIADI se ha venido caracterizando tradicionalmente por su eficacia. Incorpora una presunción del carácter exclusivo del arbitraje CIADI con respecto a cualquier otro. Cuando concurre un sometimiento válido al CIADI, tanto el reconocimiento de la competencia exclusiva del tribunal arbitral nombrado al amparo del convenio, como el aislamiento de su actividad de cualquier actuación que pueda proceder de los tribunales internos de los Estados involucrados, con la obligación por parte de éstos de abstenerse de conocer de la eventual controversia suscitada ante ellos<sup>57</sup>.

70. El recurso al arbitraje, ya sea CIADI o para resolver disputas en materia de inversiones, se recoge también en los Tratados de libre comercio que en los últimos años se han ido concluyendo con un número creciente de Estados<sup>58</sup>.

71. La relevancia que el arbitraje de inversiones ha alcanzado en este tiempo y su impacto sobre la capacidad de actuación del Estado ha llevado a algunos a superar su estricta consideración como mecanismo de resolución de una categoría peculiar de disputas, entendiéndolo como una manifestación de la idea de gobernanza global<sup>59</sup>.

72. El arbitraje entre Estado e inversor forma parte de esa nueva estructura de gobernanza global y los tribunales arbitrales, sobre la base de un acuerdo previo, actúan como agencias y enjuician una específica actuación del Estado. Ello forma parte del actual Derecho administrativo global, que abarca,

<sup>56</sup> Por todos, A. REDFERN, M. HUNTER, N. BLACKABY et alt., *Teoría y práctica del arbitraje comercial internacional*, Cizur Menor, Thomson Aranzadi, 2006, 4ª. Ed. Pp. 644-647.

<sup>57</sup> E. FERNÁNDEZ MASIÁ., *Tribunales nacionales, arbitraje internacional y protección de inversiones extranjeras*, Madrid, Marcial Pons, 2008, p. 95. En el mismo sentido, C. SCHREUER, C., L. MALINTOPPI, A. REINISCH et al, "Exclusive Remedy", en *The ICSID Convention: A Commentary*, Cambridge, CUP, 2009, p. 348 y ss. o Y. PÉREZ PACHECO, "Objeciones a la jurisdicción arbitral del CIADI", *Cuadernos de Derecho Transnacional*, 2012, vol. 4-1, p. 331.

<sup>58</sup> <http://investmentpolicyhub.unctad.org/IIA>

<sup>59</sup> P. NAVARRO RODRÍGUEZ, "El nuevo Derecho Administrativo global como *lex administrativa* en el arbitraje internacional de inversiones", *La Administración al día*, 21.7.2016, pp. 1-2 (disponible en: <http://laadministracionaldia.inap.es/noticia.asp?id=1506387>, último acceso 28.1.2019).



entre otras cuestiones, la actuación de los Estados cuando los efectos de la misma exceden sus propias fronteras<sup>60</sup>.

73. Hasta el año 2013, el Reino de España únicamente había sido demandado dos veces ante el CIADI<sup>61</sup>.

74. Con la reforma del régimen retributivo de las instalaciones productoras de energía eléctrica mediante fuentes renovables llevada a cabo entre los años 2013 y 2014<sup>62</sup> los arbitrajes de inversiones frente a España se disparan exponencialmente. En la actualidad, se han dictado ya ocho laudos (dos favorables al Reino de España y seis desfavorables), quedando aún pendientes de resolución una treintena de arbitrajes internacionales frente al Reino de España por esta reforma.

75. Los arbitrajes de inversiones en materia de energía frente al Reino de España no están exentos de polémica. Mientras la generalidad de los inversores españoles únicamente han podido atacar dicha reforma y sus efectos recurriendo a los mecanismos ordinarios de Derecho español, esto es, mediante recursos contencioso-administrativos ante el Tribunal Supremo, aquellos considerados “inversores” a efectos del Tratado de la Carta de la Energía hecho en Lisboa a 17 de diciembre de 1994, contaban con una garantía de protección adicional fundamentada en el Derecho internacional de inversiones: recurrir a un arbitraje internacional. Ahondando en todo ello, además, ante una misma realidad, los resultados obtenidos en el ámbito doméstico y en los arbitrajes internacionales han sido dispares.

76. En efecto, la Carta de la Energía prevé en su artículo 26.4 la posibilidad, a la hora de acionar, de optar entre acudir (i) al CIADI, en caso de que tanto el inversor como el Estado sean parte en el Convenio CIADI; (ii) a un árbitro internacional o tribunal de arbitraje *ad hoc* del Reglamento de Arbitraje de la Comisión de Naciones Unidas para el Derecho Mercantil Internacional; o (iii) a un procedimiento de arbitraje ante el Instituto de Comercio de la Cámara de Comercio de Estocolmo.

77. Inicialmente los arbitrajes estaban siendo resueltos en favor del Reino de España, con los laudos *Charanne B.V. y Construction Investments S.A.R.L. c. Reino de España*<sup>63</sup> e *Isolux Infrastructure Netherlands, B.V. c. Reino de España*<sup>64</sup> hasta el laudo de 4 de mayo de 2017 *Eiser Infrastructure Ltd. y Energía Solar Luxembourg, S.A.R.L., c. Reino de España*<sup>65</sup>, que condenó el Estado español a pagar 128 millones de euros a las demandantes, aunque el laudo se encuentra recurrido por el Reino de España. Desde entonces, son ocho los laudos dictados, de los que seis lo son en contra de España, total o parcialmente, y dos a su favor, permaneciendo pendientes de resolución más de una treintena de procedimientos de arbitraje internacional contra el mismo.

78. El modelo de arbitraje de inversiones no es extrapolable a un posible arbitraje administrativo en Derecho español, principalmente porque en estos supuestos la Administración no actúa investido de *imperium* y, por ende, investido de las prerrogativas que le sitúan en clara superioridad jurídica respecto

<sup>60</sup> B. KINGSBURY, S. SCHILL, “El arbitraje de inversión como sistema de gobernanza: el trato justo y equitativo, el test de proporcionalidad, y el emergente Derecho administrativo global”, en B. KINGSBURY, R.B. STEWART, *Hacia el Derecho administrativo global: fundamentos, principios y ámbito de aplicación*, Sevilla, Global Law Press, 2016, pp. 575 y ss.

<sup>61</sup> *Emilio Agustín Maffezini c. Reino de España* (ICSID Case No. ARB/97/7) e *Inversión y Gestión de Bienes, IGB, S.L. e IGB 18 Las Rozas, S.L. c. Reino de España* (ICSID Case No. ARB/12/17)

<sup>62</sup> Real Decreto-ley 9/2013, de 12 de julio, por el que se adoptan medidas urgentes para garantizar la estabilidad financiera del sistema eléctrico (BOE núm. 167, de 13 de julio de 2013); Real Decreto 413/2014, de 6 de junio, por el que se regula la actividad de producción de energía eléctrica a partir de fuentes de energía renovables, cogeneración y residuos (BOE núm. 140, de 10 de junio de 2014); Orden IET/1045/2014, de 16 de junio, por la que se aprueban los parámetros retributivos de las instalaciones tipo aplicables a determinadas instalaciones de producción de energía eléctrica a partir de fuentes de energía renovables, cogeneración y residuos (BOE núm. 150, de 20 de junio de 2014).

<sup>63</sup> Caso CCE Nº ARB/062/2012, <https://www.italaw.com/cases/2082> (última visita 16.2.2019).

<sup>64</sup> Caso CCE nº ARB/153/2013 <https://www.italaw.com/cases/5893> (última visita 16.2.2019).

<sup>65</sup> Caso CIADI nº ARB/13/36 [https://www.italaw.com/sites/default/files/case-documents/italaw8798\\_0.pdf](https://www.italaw.com/sites/default/files/case-documents/italaw8798_0.pdf) (última visita 16.2.2019).

del inversor. Pero constituye un claro ejemplo de esa evidente apertura hacia la búsqueda de cauces de resolución de controversias en las que interviene un Estado; y pudiera servir de inspiración para la construcción de un modelo de arbitraje administrativo interno.

### III. Estado actual y perspectiva de futuro de la incorporación del arbitraje como medio de resolución de los conflictos administrativos

79. Pese a que la actualidad de la materia pueda llegar a pensar lo contrario, la incorporación de otros medios alternativos para la resolución de los conflictos administrativos es una cuestión controvertida desde hace siglos. Tal y como hemos analizado, aun con restricciones y cautelas, existen ejemplos normativos suficientes que acreditan que el legislador español se ha planteado la posibilidad de recurrir a medios alternativos de resolución de controversias a lo largo de la Historia.

80. Hasta el momento dos han sido los cauces por excelencia para la resolución de los conflictos entre ciudadanos y Administración, la del procedimiento administrativo y la del proceso contencioso-administrativo. Sin embargo, el siglo XXI amanece con enormes transformaciones sociales y con cambios en las propias estructuras de la Administración que conllevan que las relaciones jurídico-administrativas son cada vez más complejas. El Estado, tal y como se concibió tradicionalmente, está sujeto a un continuo proceso de transformación.

81. No se debe olvidar que la aparición con fuerza de las denominadas ADR en el ámbito del Derecho privado resulta de una evolución que, afectando a todos los ámbitos de la vida, dio origen a una nueva manera de resolver conflictos. Y el Derecho administrativo no es ajeno a esos cambios en la vida de los ciudadanos y en la propia Administración. Primero fue la Constitución de 1978; posteriormente, la ruptura de las barreras nacionales y el surgimiento de instancias y organismos internacionales y supranacionales, y tras ello, la creciente complejidad social acompañada de una crisis económica, social y de valores. El Derecho administrativo, tal y como se conoce en nuestros días, ha evolucionado y continúa evolucionando. Comienza a hablarse de la noción de gobernanza global y de un “*espacio administrativo global*”<sup>66</sup> y ello, indefectiblemente, lleva a la búsqueda de cauces alternativos para la solución de los conflictos administrativos, soluciones ágiles y adaptadas a la realidad de los conflictos.

82. Se trata de buscar lo que S. BARONA VILAR denomina, aunque no expresamente para el ámbito administrativo, un “*nuevo paradigma de Justicia*”, basado en una “*Justicia integral*”<sup>67</sup>.

83 Sin perjuicio de las necesidades concurrentes en la sociedad global que han propiciado la transformación jurídica española en numerosos sectores, hay una realidad innegable, cual es la proliferación de normas sectoriales que de forma imparable han venido afectando al Derecho administrativo, ya sea de manera directa o indirecta. Y en este sentido, se han ido introduciendo, aunque tímidamente, normas administrativas que refieren a sistemas convencionales de solución de conflictos administrativos; algo que, si bien hasta la fecha venía resultando poco común, en la actualidad ya no resulta ajeno al mundo del Derecho administrativo.

84. A mayor abundamiento, conviene destacar que, a día de hoy, la incorporación de la mediación administrativa va cobrando fuerza en nuestro ordenamiento, debiendo destacar la existencia de proyectos pilotos que la fomentan<sup>68</sup>.

<sup>66</sup> B. KINGSBURY, R.B. STEWART, *Hacia el Derecho administrativo global: fundamentos, principios y ámbito de aplicación*, cit., pp. 25-27.

<sup>67</sup> S. BARONA VILAR, “Justicia Integral y Access to Justice. Crisis y evolución de paradigma”, en S. BARONA VILAR (Ed.), *Mediación, Arbitraje y Jurisdicción en el actual paradigma de Justicia*, Cizur Menor, Civitas-Thomson Reuters, 2016, pp. 53-54.

<sup>68</sup> C. ESPLUGUES BARONA, “Mediación en Derecho administrativo”, *Revista Jurídica Digital UANDES* 2/2, 2018, pp. 65-79.

**85.** Como hemos analizado, pese a la escasa virtualidad práctica del actual artículo 112.2 de la LPAC, existe en nuestro ordenamiento cobertura normativa para el desarrollo de un sistema arbitral, que, sin ser equivalente de la vía jurisdiccional, sustituya a los recursos administrativos de alzada y reposición. Esta podría ser una primera vía a explorar y a desarrollar para una auténtica incorporación del arbitraje en el ámbito del Derecho administrativo, creando en los operadores jurídicos, la Administración y los ciudadanos, mediante la experiencia práctica, la opinión de que el arbitraje puede llegar a ser un mecanismo eficaz de resolver los conflictos administrativos.

**86.** Como hemos expuesto, resulta innegable la evidente crisis de los recursos administrativos, que únicamente sirven de instancia previa a la judicial pero que no la evitan, con un escaso porcentaje de éxito por parte de los ciudadanos que favorece que un sentimiento de desconfianza por parte de estos<sup>69</sup>. configurado como verdadera alternativa al control judicial. Iver los conflictos administrativos. namiento a dos Estados,

**87.** Por su parte, el arbitraje como equivalente jurisdiccional carece de cobertura normativa en nuestro ordenamiento en la actualidad. Este arbitraje administrativo alternativa a la vía judicial no podría, en cualquier caso, presentarse en términos puramente economicistas, sino como un instrumento que otorga garantías al ciudadano y una tutela realmente efectiva. Lo contrario supondría desnaturalizar la Justicia administrativa y llevarla una transformación puramente privatista. No debe perderse de vista el fundamento y la naturaleza propia del sistema administrativo.

**88.** Con todo ello, en el año 2001 llegó a existir un borrador de anteproyecto de ley reguladora del arbitraje administrativo. Sin embargo, no pasó de borrador. El mismo, sobre la base de la previsión existente en la entonces LRJPAC, trató de incorporar en nuestro ordenamiento una norma reguladora del arbitraje administrativo.

**89.** El borrador definía arbitraje administrativo como “*aquella vía extrajudicial de solución de conflictos, alternativa a los recursos administrativos y contencioso-administrativos, basada en la intervención de terceros revestidos de facultades dirimentes*”. Partía de la previsión de la entonces LRJPAC pero incorporaba elementos propios del arbitraje común, como por ejemplo, el carácter de cosa juzgada del laudo que se dictase. Se buscó, por tanto, implementar un arbitraje único de naturaleza *sui generis*, sustitutivo tanto del procedimiento administrativo como del contencioso-administrativo.

**90.** En nuestra opinión, la incorporación del arbitraje en Derecho administrativo sería factible siempre y en todo caso, a dos velocidades o en dos tiempos. Un primer tiempo en el que, haciendo uso de la previsión ya existente en nuestro ordenamiento, se implementara un sistema arbitral sustitutivo de los recursos administrativos. La incorporación efectiva del arbitraje como sustituto de los recursos administrativos favorecería en los ciudadanos y en la propia Administración la convicción de que el arbitraje puede ser un mecanismo eficaz para la resolución de los conflictos administrativos. Solo así podría llegar a abordarse, hipotéticamente, la incorporación del arbitraje configurado como verdadera alternativa al control judicial.

**91.** Y, en cualquier caso, este arbitraje no podría aceptarse de manera generalizada sino que debiera partir de la negación de arbitrabilidad de las materias administrativas, aceptando el arbitraje única y exclusivamente en determinados supuestos en los que no esté en juego el interés público.

---

<sup>69</sup> Así se puso en evidencia, entre otros, en el *Informe explicativo y propuesta de anteproyecto de ley de eficiencia de la Jurisdicción contencioso administrativa* elaborado por el Ministerio de Justicia en el año 2013.

# LA LEY APLICABLE A LAS DONACIONES INTERNACIONALES

## APPLICABLE LAW TO INTERNATIONAL DONATIONS

NATIVIDAD GOÑI URRIZA

*Profesora Titular de Derecho Internacional Privado  
Universidad Pública de Navarra*

Recibido: 04.07.2019 / Aceptado: 22.07.2019

DOI: <https://doi.org/10.20318/cdt.2019.4952>

**Resumen:** Este trabajo analiza la determinación de la ley aplicable a las donaciones en Derecho Internacional Privado. La coexistencia de las normas de conflicto contenidas en el Reglamento Roma I y el Reglamento de sucesiones aplicables a distintos aspectos de los actos de liberalidad hace necesario distinguir entre sus respectivos ámbitos de aplicación. A ello hay que añadir la ineludible aplicación de las normas de Derecho Internacional Privado nacional para la determinación de la ley aplicable a los aspectos relativos a los derechos reales.

**Palabras clave:** donaciones, norma de conflicto, sucesiones, contratos.

**Abstract:** The article deals with the determination of the applicable law to donations in Spanish Private International Law. The coexistence of conflict of law rules included in Rome I and Successions European Regulations makes necessary to distinguish between different types of donations. Additionally, the article addresses the unavoidable application of the rules of national private international law for the determination of the law applicable to some aspects of the rights in rem.

**Keywords:** donations, conflict of law, successions, contracts.

**Sumario:** I. Introducción. II. Determinación de la Ley aplicable a las donaciones. 1. La ley aplicable a la capacidad para ser parte de una donación. 2. La determinación de la norma de conflicto aplicable a los aspectos obligacionales. A) Ámbito de la Ley. B) Elección de Ley. C) Límites a la elección de Ley. D) Límite a la aplicación de la Ley elegida. E) Ley aplicable en ausencia de elección. III. Ley aplicable a las donaciones complejas. 1. La donación modal o con cargas. 2. La donación con reserva de usufructo. IV. Ley aplicable a la forma. V. Alcance de la Ley aplicable a la eficacia jurídico-real de las donaciones. VI Conclusiones.

### I. Introducción

1. La liberalidad es la causa que puede plasmarse en distintos negocios jurídicos<sup>1</sup>. Los términos específicos del negocio jurídico en el que se otorgue la donación determinarán su tratamiento desde el punto de vista del Derecho Internacional Privado. El título en el que se materialice el acto de liberalidad: –un contrato, unas capitulaciones matrimoniales o un contrato de seguro, etc.– determinará la norma de conflicto aplicable a los distintos aspectos obligacionales de la donación. Además, determinados aspectos de la donación podrán estar regulados por la Ley a la que remite la norma de conflicto del Reglamento Europeo de Sucesiones<sup>2</sup>.

<sup>1</sup> P. MALAURIE, *Les successions. Les libéralités*, Paris, 2010, pp. 177 y ss.

<sup>2</sup> Reglamento (UE) 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 L 201, del 27 de julio de 2012.

2. La donación es una institución híbrida en la que concurren elementos de distintos ámbitos del derecho que la convierten en un mosaico a la hora de terminar la competencia judicial internacional y la ley aplicable a las distintas cuestiones que puede plantear en el ámbito internacional.

El artículo 618 CC define la donación como “ (...) un acto de liberalidad por el cual una persona dispone gratuitamente de una cosa en favor de otra, que la acepta”. Por un lado, la donación tiene carácter consensual lo que hace que se destaque su naturaleza contractual pero también tiene eficacia jurídico-real en cuanto implica la trasmisión de la propiedad de un bien. Además, se otorga, en muchas ocasiones, en el marco de relaciones familiares entroncándose necesariamente con el derecho de sucesiones y actuando éste como límite de los actos de disposición del donante.

Todo ello hace que el tratamiento de las cuestiones de Derecho Internacional Privado de la donación sea complejo e imposibilite la aplicación de una única norma de conflicto para determinar la ley aplicable a las controversias que puedan surgir en relación a una donación, produciéndose, por tanto, el fenómeno denominado de la fragmentación – *dépeçage* – de la ley reguladora de la donación<sup>3</sup>.

3. El Título Preliminar del Código Civil contiene una norma de conflicto específica aplicable a las donaciones en el artículo 10.7 que determina la aplicación de ley nacional del donante. Esta disposición ha tenido escasa aplicación en el pasado y hoy día dada la existencia del Reglamento Roma I –de aplicación *erga omnes* – a los aspectos consensuales de la donación y la aplicación del Reglamento Europeo de Sucesiones a ciertas cuestiones de las donaciones tiene limitada enormemente su utilidad<sup>4</sup>. Esta disposición determinará la ley material aplicable para el caso de los conflictos de leyes interregionales<sup>5</sup>.

4. Aunque en este trabajo se tratará la cuestión de la ley aplicable a las donaciones que presenten un elemento extranjero, debe plantearse, en primer lugar, las características relativas a la naturaleza jurídica de las donaciones que influyen en la resolución de las cuestiones internacionales<sup>6</sup>.

Al igual que en la mayoría de los ordenamientos jurídicos, la calificación de un negocio jurídico como la donación o la compraventa debe realizarse conforme a la ley española (artículo 12.1 CC)<sup>7</sup>. Esta disposición establece la regla de la *lege fori* para determinar la concreta norma de conflicto aplicable a la cuestión jurídica planteada en relativa a una donación. En virtud de esta misma norma, la calificación del derecho creado u otorgado en favor del donatario, como real o como personal, también debe realizarse con arreglo a la ley española, lo mismo que la naturaleza inmueble o mueble del objeto de la donación.

5. La naturaleza híbrida de las donaciones hace que sea más complejo determinar si una relación concreta que tiene como causa una liberalidad es subsumible en el ámbito material de una norma de conflicto. Tradicionalmente, este ejercicio ha consistido en la determinación de la naturaleza de la relación concreta que tenga como causa una liberalidad para subsumirla en el supuesto de hecho de una u otra norma de conflicto. Sin embargo, la calificación en el ámbito de las normas de Derecho Internacional Privado de la UE se realiza atendiendo a las disposiciones de los reglamentos europeos que limitan el elenco de cuestiones que regulan las normas materiales aplicables en virtud de las distintas normas de conflicto en ellos contenidas<sup>8</sup>. Los reglamentos europeos que van a tener vocación de ser aplicados, defi-

<sup>3</sup> B. ANCEL, “Donation, Donation entre époux», *Repertoire International*, Dalloz, 2005, pp: 1-16; H. MUIR WATT/D. BUREAU, *Droit international Privé*, 2.ª edición, Tomo II, Paris, 2010, pp. 252-253.

<sup>4</sup> J.L. IRIARTE ÁNGEL, “Art. 10.7”, en I. SIERRA GIL DE LA CUESTA (Coord.), *Comentario del Código Civil*, Barcelona, 2006, pp. 205-207; A. BORRÁS RODRÍGUEZ, “Artículo 10.7 CC” *Comentarios al Código Civil y Compilaciones Forales*, Tomo I, vol. 2, 2ª ed, Madrid, 1995, pp: 704-710. F.J. GARCIMARTÍN ALFÉREZ, “Artículo 10”, en R. BERCOVITZ RODRÍGUEZ CANO (Dir.), *Comentarios al Código Civil*, Tirant lo Blanch, 2013, pp. 250-328, con.cr. párrafo 7, pp: 302-304.

<sup>5</sup> La jurisprudencia recaída en aplicación de esta norma es escasísima, véase, por ejemplo, Sentencia TS sala 1ª de 5 junio de 2000 en la que el tribunal acudió a la norma de conflicto del 10.7 CC pero no aplicó el derecho danés, correspondiente a la nacionalidad del donante por falta de prueba del derecho extranjero. F.J. GARCIMARTÍN ALFÉREZ, “Artículo 10”, *op. cit.*, p:305.

<sup>6</sup> Para una visión de la competencia judicial internacional y de la eficacia en España de las donaciones otorgadas en el extranjero véase, N. GOÑI URRIZA, “Las liberalidades en Derecho Internacional Privado”, en M.A. EGUSQUIZA BALMASEDA/C. PÉREZ DE ONTIVEROS BAQUERO (Dir.), *Tratado de las Liberalidades*, Cizur Menor, Aranzadi, 2017, pp. 1785-1818.

<sup>7</sup> Sentencia AP de Islas Baleares (Secc. 3ª), de 16 julio 2009, núm. 304/2009.

<sup>8</sup> El artículo 1, 2, letra g del RES excluye la transmisión de bienes, derechos y acciones por título de liberalidad y el Reglamento Roma I excluye en el artículo 1.2, letra b las obligaciones que se deriven de las relaciones familiares.

nen las materias reguladas y a las donaciones son: el Reglamento Roma I, el Reglamento de Sucesiones, el Reglamento del Régimen Económico Matrimonial y el Reglamento relativo a los Efectos Patrimoniales de las Uniones Registradas<sup>9</sup>. Todos ellos describen el ámbito de aplicación de la ley estatal llamada a regular la donación, esto es las cuestiones relativas a una donación que regirá la ley estatal determinada por cada uno de ellos.

La complicación del tratamiento de las donaciones en Derecho Internacional Privado aumenta cuando el elemento extranjero está conectado con ordenamientos jurídicos que mantienen una naturaleza y regulación distintas de la institución. Así como en Francia, Alemania e Italia es indubitada su naturaleza contractual, en Derecho escocés la donación es considerada un acto unilateral y no contractual<sup>10</sup>.

## II. Determinación de la Ley aplicable a las donaciones

### 1. La Ley aplicable a la capacidad para ser parte de una donación

6. La capacidad de las partes en una donación se rige por la ley designada en el artículo 9.1 CC. Otras normas de Derecho Internacional Privado aplicables a otros aspectos de la donación: el Reglamento Roma I y el Reglamento de sucesiones excluyen esta materia de su ámbito de aplicación<sup>11</sup>. Por tanto, la ley de la nacionalidad de donante y donatario regirá respectivamente su capacidad.

La ley nacional del sujeto donante (menor o mayor de edad o incapaz) determinará en qué medida o en qué circunstancias puede disponer de sus bienes y donarlos. De igual modo, la Ley de la nacionalidad del donatario fijará el régimen para prestar el consentimiento para recibir los bienes a través de la donación.

Por el contrario, la incapacidad de los cónyuges o de los miembros de las uniones registradas para disponer de su patrimonio a título gratuito no debe determinarse conforme a la ley personal, sino conforme a la ley que rige sus relaciones patrimoniales (Artículo 27 del Reglamento del régimen económico matrimonial y del Reglamento de los efectos patrimoniales de las uniones registradas)<sup>12</sup>.

<sup>9</sup> Reglamento (CE) 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 2007; Reglamento (UE) 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 L 201, del 27 de julio de 2012; 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 judiciales en materia de regímenes económico matrimoniales, DOUE L 183, de 8 de julio de 2016 y Reglamento (UE) 2016/1104, 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 efectos patrimoniales de las uniones registradas, DOUE L 183, de 8 de julio de 2016. Debe tenerse en cuenta que estos dos últimos reglamentos se aplicarán para determinar la competencia judicial de las acciones planteadas a partir del 29 de enero de 2019.

<sup>10</sup> Para una visión comparada de la naturaleza jurídica de las donaciones véanse, G. PASSARELLI, "Donation: Short notes between italian civil law and EU Private International law", *CDT*, (Octubre 2015) vol. 7, nº 2, pp. 478 y 479 y M. H. HOGG, "Promise and Donation in Louisiana and Comparative Law", *Tulane European & Civil Law Forum*, 2011, p. 176.

<sup>11</sup> La cuestión de la capacidad de las personas físicas está excluida del ámbito de aplicación del Reglamento Roma I ex art. 1.2, letra a. La razón de esta exclusión está en las diferentes formas de regular la ley aplicable en los distintos ordenamientos jurídicos europeos. Mientras que en los países del *common law* la cuestión de la capacidad de las personas físicas se considera una cuestión contractual, en los ordenamientos jurídicos de países de la Europa continental contienen una norma de conflicto específica que regula esta cuestión (artículo 7 del EGBGB, el artículo 9.1 CC y el artículo 3.3 del Code Civil francés, por ejemplo).

Esta exclusión se explica también por la existencia de convenios internacionales multilaterales en materias específicas que regulan esta cuestión y evitar así conflictos entre normas internacionales (Véase el Convenio de La Haya de protección internacional de Adultos que regula la capacidad). El Consejo de la UE ha llamado a la ratificación de este tratado a los países de la UE. J. LÜTTRINGHAUS, "Article 1" en F. FERRARI (Ed), *Rome I Regulation. Pocket Commentary*, Munich, Sellier 2014, pp. 23-70, conctr. p. 43.

<sup>12</sup> Reglamento del Consejo 2016/1103, de 24 junio, que 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, DO L 8 julio 2016, núm. 183, p. 1. DO L 8 julio 2016, núm. 183, p. 1 y Reglamento (UE) 2016/1104, 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 efectos patrimoniales de las uniones registradas, DO L 183, de 8 de julio de 2016.

Finalmente, en nuestra opinión, nada obsta para la aplicación del artículo 13 del Reglamento Roma I, que dispone de una regla especial para los contratos entre personas físicas situadas en un mismo país. Dicha disposición limitaría la posibilidad de invocar la incapacidad, resultante de la aplicación de una ley estatal distinta a la del lugar de otorgamiento de una donación, al hecho de que la otra parte la hubiera conocido o la hubiera desconocido por un comportamiento negligente.

7. Por otro lado, cuando las partes de una donación son personas jurídicas su capacidad se rige igualmente por la ley personal. Esto es, la ley estatal que rige su estatus jurídico será la que rige su capacidad de disposición sobre sus bienes y de recibir a título liberal bienes o en qué condiciones (*ad. ex.* artículo 9.11, I CC y artículos 8 y 9 de la Ley de Sociedades de Capital)<sup>13</sup>. Esta ley determinará, por ejemplo, si una asociación puede recibir una donación o si una sociedad de capital puede enajenar sus bienes a título gratuito. Esta ley –la *lex societatis* (art. 11.2 CC)– establecerá también las exigencias de forma que son condición necesaria de validez del acto de donación desde el punto de vista societario.

8. Es común que la capacidad de las personas jurídicas para recibir una donación esté sometida en ciertos ordenamientos jurídicos a limitaciones como el reconocimiento de utilidad, estar inscrita en un registro o la obtención de una autorización administrativa<sup>14</sup>. Estas limitaciones que han sido justificadas por “la necesidad de un control de las adquisiciones de personas jurídicas” tienen el carácter de norma de orden público y se aplicarán con carácter territorial<sup>15</sup>.

En España, esta norma ha limitado la capacidad de obrar de las fundaciones extranjeras de interés privado para la adquisición de bienes a título liberal. La DGRN ha denegado a una fundación extranjera (panameña) válidamente constituida conforme a su ley personal la posibilidad de recibir en donación bienes inmuebles sitos en España, incluso mediando escritura pública otorgada en España, por no estar inscrita en el Registro de Fundaciones<sup>16</sup>.

Contrasta esta solución con la adoptada en el Reglamento Europeo de Sucesiones para el ámbito sucesorio ya que pertenece al ámbito de la validez material de las disposiciones mortis causa la capacidad del disponente para realizar la disposición mortis causa y las causas específicas que impiden al disponente disponer en favor de determinadas personas o que impiden a una persona recibir bienes sucesorios de aquél<sup>17</sup>.

## 2. La determinación de la norma de conflicto aplicable a los aspectos obligacionales

9. El Reglamento Roma I determinará la ley material aplicable a una donación con elemento extranjero siempre que ésta se constituya o derive de un contrato, es decir, de un acuerdo de voluntades del que emanen obligaciones para las partes<sup>18</sup>.

En Derecho español, tal y como exige el artículo 618 del CC, es necesaria la concurrencia del consentimiento de donante y donatario. No hay duda de que las donaciones con elemento extranjero entrarán dentro del ámbito de aplicación del Reglamento Roma I siempre que la aceptación por parte del donatario se considere requisito de validez<sup>19</sup>.

<sup>13</sup> Los artículos 8 y 9 de la Ley de Sociedades de Capital determinan en qué casos se aplica dicha norma. Real Decreto Legislativo 1/2010, de 2 de julio que aprueba el Texto Refundido, BOE julio 2010, núm. 161.

<sup>14</sup> Para el ejemplo francés, véase, B. ANCEL, *op.cit.*, p. 5.

<sup>15</sup> *Ibidem*. A modo de ejemplo, el artículo 7 de la Ley española de Fundaciones exige a las fundaciones extranjeras que desean realizar actividades en España de forma estable dos requisitos: la inscripción en el Registro de fundaciones y la persecución de interés general. Ley 50/2002, de 26 diciembre, de Fundaciones, BOE 27 diciembre 2002, núm. 310.

<sup>16</sup> Resolución DGRN de 24 enero 2008, véase comentario de P. PARADELA ARÉAN, R.E.D.I., 1, 2008, pp. 263-266.

<sup>17</sup> Véase, para una donación con pacto de definición la Resolución DGRN de 24 de mayo de 2019, BOE núm. 150, de 24 junio.

<sup>18</sup> Aunque el Convenio de Roma de 1980 no contemplaba la cuestión explícitamente, el Informe Giuliano/Lagarde consideraba aplicable la norma convencional a todas las donaciones que procedieran de un contrato. Véase, M. GIULIANO y P. LAGARDE, “Informe relativo al Convenio sobre la ley aplicable a las obligaciones contractuales”, DOCE, C 327, de 11 diciembre 1992. La doctrina ya destacó que el Convenio de Roma no exigía la onerosidad de los contratos para incluir éstos en su ámbito de aplicación, véase, A. CALVO CARAVACA, “La Ley aplicable a los contratos internacionales (el Convenio de Roma de 19 de junio de 1980)”, *Derecho de los negocios*, 1994, núm. 43, p.1.

<sup>19</sup> G RAMONDELLI, “Le donazioni nel diritto internazionale privato”, en P. RESCIGNO (ed.), *Trattato breve delle successioni e*

Podría excluirse su aplicación del Reglamento Roma I a las donaciones que tengan como fundamento una relación de familia (artículo 1.2, letra c del Reglamento Roma I). Aunque parte de la doctrina mantiene su aplicación a todas las donaciones, incluso las que derivan de las relaciones de familia<sup>20</sup>.

Otro sector doctrinal, por el contrario, ha resaltado las dificultades de aplicación que pueden surgir por la incompatibilidad de aplicar normas de conflicto relativas a los contratos con los regímenes imperativos de las donaciones entre esposos, y considera más razonable aplicar a estas donaciones las normas relativas a las relaciones económicas en el matrimonio<sup>21</sup>. Sin embargo, los Reglamentos que regulan, entre otras cuestiones, la ley aplicable a las relaciones económico-matrimoniales y las relaciones patrimoniales de las uniones registradas no incluyen en el alcance de materias regidas por la ley a la que remiten las donaciones entre ambos (artículo 27 de los dos Reglamentos)<sup>22</sup>.

**10.** El examen de los términos del acto de donación es esencial para determinar la ley aplicable al mismo. El acto en virtud del cual se otorga una liberalidad puede ser muy lacónico, verbal o ser el resultado de ingeniería sucesoria en las notarías. En el primer caso puede ser imprescindible determinar la ley estatal que rige el negocio jurídico para interpretar la voluntad de las partes, completar lo no pactado, etc. Esta cuestión es importante porque el Reglamento Roma I tiene únicamente vocación de ser aplicado a las obligaciones resultantes de una donación de naturaleza contractual y no a las relaciones sucesorias, por lo que, si el negocio jurídico no puede calificarse como tal, la ley estatal aplicable no se determinará con este instrumento jurídico. Por el contrario, si el negocio jurídico crea obligaciones contractuales en las partes, el Reglamento Roma I debe ser la norma de Derecho Internacional Privado que determine la ley material rectora de la donación.

**11.** Este principio general de aplicación del Reglamento Roma I a las donaciones no se ve cuestionado por la exclusión explícita de su ámbito de aplicación de las obligaciones contractuales que surgen de las relaciones de familia, de las que deriven de los regímenes matrimoniales, relaciones análogas al matrimonio y de los testamentos y sucesiones (artículo 1. 2, letra b).

La segunda exclusión contenida en el Reglamento Roma I parece referirse a los *pactos sucesorios* (art. 1.2, letra c). Si una donación tiene una estrecha relación con la sucesión del donante hasta tal punto de que no constituye una institución distinta de la sucesoria estaría justificado su sometimiento a otra norma de conflicto. Esta exclusión, que no pone en cuestión la regla general de aplicación del Reglamento Roma I a las donaciones, sería aplicable, por ejemplo, a las donaciones de última voluntad contempladas en el artículo 620 CC<sup>23</sup>. En coherencia con este principio, la Dirección General de los Registros y del Notariado ha acudido al Reglamento Europeo de Sucesiones para determinar la ley aplicable a las donaciones con pacto de definición prevista en el artículo 50 de la Compilación del Derecho Civil de las Islas Baleares<sup>24</sup>.

*donazioni*, Cedam, Padova, 2010, p. 832. Por el contrario, considera que sólo será aplicable a las donaciones “bilaterales” y no a las que no necesiten aceptación, L. FUMAGALLI, “La Convenzione di Roma e la Legge regolatrice delle donazioni en Rivista di Diritto Internazionale Privato e Processuale, 1993, p. 589.

<sup>20</sup> H. PEREZ et E. FONGARO, *Droit international privé patrimonial de la famille*, Paris, Litec, 2010, p. 287, n.º 745 y p. 288, n.º 751.

<sup>21</sup> Se destaca particularmente el riesgo la revocabilidad *ad nutum* de las donaciones de bienes futuros en el seno de las relaciones matrimoniales. D. BUREAU y H. MUIR WATT, *Droit International Privé, Tome II: Parte spéciale*, 2.ª ed. Themis droit, Paris, 2010, pp. 117 y 252.

<sup>22</sup> Se pronuncia en contra de aplicar los artículos 9.2 o 9.3 CC a las donaciones entre cónyuges para determinar la ley aplicable a las donaciones entre esposos, A.-L. CALVO CARAVACA/J. CARRASCOSA GONZÁLEZ, “Efectos del matrimonio” en A.-L. CALVO CARAVACA/J. CARRASCOSA GONZÁLEZ (dir.), *Derecho Internacional Privado*, Vol. II, decimoséptima edición, Comares, Granada, 2017, pp. 234-235.

<sup>23</sup> Según el artículo 25 del Reglamento de sucesiones, estos constituyen un tipo de disposición *mortis causa* cuya admisibilidad y aceptación varían de un Estado miembro a otro. Con el fin de facilitar que los derechos sucesorios adquiridos como consecuencia de un pacto sucesorio sean aceptados en los Estados miembros, el Reglamento determina qué ley ha de regir la admisibilidad de esos pactos, su validez material y sus efectos vinculantes entre las partes, incluidas las condiciones para su resolución. Véase sobre las donaciones *mortis causa*, J. M. FONTANELLAS I MORELL, “Las donaciones «mortis causa» ante la reglamentación comunitaria de las sucesiones”, *Anuario español de derecho internacional privado*, n.º 11, 2011, pp. 465-484.

<sup>24</sup> Resolución DGRN de 24 de mayo de 2019, BOE, núm 150, de 24 de junio.



Más difícil de delimitar es el alcance de la exclusión de las obligaciones que deriven de las relaciones de familia (art. 1.2, letra b). Expresión mucho más ambigua y que en el momento de adopción del Convenio de Roma de 1980 podía explicarse por la voluntad de no intervenir desde la UE en materias que, en los ordenamientos jurídicos internos de los Estados miembros no quedaban a disposición de las partes<sup>25</sup>.

La interpretación más adecuada nos lleva a considerar que la exclusión se refiere sólo a las obligaciones que nacen por razón de la existencia de un vínculo familiar<sup>26</sup>. Esta exclusión debe ser interpretada restrictivamente<sup>27</sup>.

Si una donación se apoya sobre lazos afectivos de las partes, la donación constituye una facultad y no una obligación. Por tanto, según WAUTELET una donación no puede considerarse como “derivada” de las relaciones familiares y sólo no entraría en el ámbito de aplicación del Reglamento Roma I si se planteara en relación a una donación, una cuestión directamente relacionada con el vínculo familiar que escapara al ámbito contractual. Por ejemplo, si se plantea la posibilidad de revocar una donación por el nacimiento de un hijo del donante, tal y como establece el artículo 644 CC.

Por el contrario, una donación entre esposos debería regirse por lo establecido en el Reglamento Roma I siempre que la cuestión planteada tenga que ver con su estatus contractual, así sería el caso de la interpretación de los términos de la donación, el consentimiento o el plazo de prescripción de las obligaciones nacidas de la misma. Por contra, la propia admisibilidad de la donación entre esposos o la posibilidad de revocarla tiene su fundamentación en la existencia de la relación familiar, por lo que quedaría fuera de la naturaleza contractual<sup>28</sup>.

La solución adoptada por la jurisprudencia en Francia ha sido otra, sometiendo allí la donación de bienes muebles e inmuebles entre esposos a la ley rectora de las relaciones entre los esposos<sup>29</sup>.

En nuestra opinión, si no se considera que estas liberalidades entran en el ámbito de aplicación del Reglamento de sucesiones y del Reglamento sobre el régimen económico matrimonial o el de las parejas registradas no habría motivo para excluirlas del ámbito del Reglamento Roma I ya que quedaría una laguna sin justificación en el Espacio Jurídico Europeo.

El artículo 27 del Reglamento que regula las cuestiones de Derecho Internacional Privado en materia de los regímenes económicos matrimoniales establece cual es el alcance de esta ley, e incluye a título no taxativo distintas cuestiones entre las que están las facultades, derechos y obligaciones de cualquiera de los cónyuges o de ambos con respecto al patrimonio<sup>30</sup>.

Esto supone que no se puede afirmar que existe una única norma de conflicto para las donaciones, sino que la norma de conflicto que determinará la ley rectora de la donación dependerá de las específicas circunstancias que rodeen el caso concreto. De tal manera que en la determinación de la ley aplicable al acto de donación se establece un mosaico en el régimen de las liberalidades en el ámbito internacional.

## A) Ámbito de la Ley

**12.** El Reglamento Roma I determina la ley aplicable a las cuestiones contractuales de los actos de donación –entre ellas deben estar el consentimiento y la causa– no a todos los aspectos de las liberalidades. Este sometimiento a las normas de Derecho Internacional Privado relativas a los contratos es coherente con el concepto de donación en el Derecho español. Así, el propio artículo 621 CC remite la regulación de las donaciones entre vivos a las disposiciones de obligaciones y contratos en lo no dispuesto en el título de la donación.

En el artículo 12 del Reglamento Roma I se enumeran de forma no limitativa las cuestiones que regula la ley material que regula la donación: la interpretación de sus términos; el cumplimiento de las

<sup>25</sup> P. WAUTELET, *Les donations dans un contexte international*. Guide pratique, Anthemis, pp: 213-251, p. 218

<sup>26</sup> El autor compara la versión en lengua alemana y neerlandesa para llegar a esta conclusión, *Ibidem* p. 218.

<sup>27</sup> Interpretación restrictiva realizada en aplicación del Convenio de Bruselas en STJCE 27 de marzo de 1979, *De Cavel I* y STJCE 6 marzo 1980, *De Cavel II*.

<sup>28</sup> Ejemplos citados por WAUTELET, *Ibidem*, p. 219.

<sup>29</sup> D. BUREAU y H. MUIR WATT, *op cit*, p. 117.

<sup>30</sup> Reglamento del Consejo 1103/2016, de 24 junio, que 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, DO L 8 julio 2016, núm. 183, p. 1.

obligaciones que genere; las consecuencias de un incumplimiento total o parcial de estas obligaciones, incluida la evaluación del daño en la medida en que la gobiernen normas jurídicas; los diversos modos de extinción de las obligaciones asumidas por el donante y por el donatario, así como la prescripción y la caducidad basadas en la expiración de un plazo y las consecuencias de la nulidad del contrato.

Así, estarían reguladas por la ley llamada por el Reglamento Roma I los efectos de la desaparición de la causa de una donación sobre el destino de ésta. Lo mismo ocurriría con las cuestiones relativas a la revocación, dado que se trata de la rescisión de un contrato y un modo de extinción de las obligaciones nacidas del acto de liberalidad<sup>31</sup>.

Aunque las exigencias relativas al objeto de la donación se rigen por la *lex contractus*, la ley rectora de la sucesión y la ley aplicable a los derechos reales tendrán vocación de regir determinadas cuestiones

La doctrina francesa no dudó en aplicar la ley rectora de la sucesión a la cuestión de determinar si los bienes futuros pueden ser objeto de donación<sup>32</sup>.

La aplicación de la ley rectora de la sucesión a estos bienes podría plantear problemas de previsibilidad. Esta falta de previsibilidad puede producirse especialmente, en la donación de bienes muebles en los ordenamientos jurídicos que sometan la sucesión de bienes muebles a la ley del domicilio del causante en el momento de fallecimiento. La validez de las donaciones de bienes futuros muebles o inmuebles requeriría, para cualquier caso, la consulta en los Estados parte de la ley aplicable a la sucesión en aplicación del Reglamento de sucesiones. Teniendo en cuenta que este Reglamento prevé la posibilidad de elección de aplicación a la totalidad de la sucesión de la ley de la nacionalidad del causante en el momento de la elección o del fallecimiento (artículo 22), la elección de una ley estatal que permita la donación de bienes futuros garantizaría la validez de dicha disposición.

Por tanto, será la *lex contractus* la que determinará si la revocación de la donación es posible. Las regulaciones sobre la revocabilidad de las donaciones en derecho comparado son muy variadas. En los ordenamientos jurídicos continentales la regla general es la irrevocabilidad de las donaciones. El Código civil español permite la revocación en casos muy tasados: la supervivencia de hijos (artículo 644), el incumplimiento de condición (artículo 647) y mediando ingratitud (artículo 648) algo parecido ocurre en el Derecho francés donde la irrevocabilidad es la regla solo rota por la ingratitud del donatario –siempre que no se trate de una donación entre cónyuges– o por la no ejecución de las cargas impuestas en la donación al donatario (Artículos 953 y ss. del Código civil francés). El régimen en el Derecho belga es similar<sup>33</sup>.

Parte de la doctrina considera, sin embargo, que la revocación por supervivencia de hijos debe regirse por la ley rectora de la sucesión del donante<sup>34</sup>.

Esta misma ley debe regir la posibilidad de renuncia a la acción de revocación que ciertos ordenamientos jurídicos otorgan al donante: el Código civil limita la irrenunciabilidad de la acción de revocación al supuesto de ingratitud y siempre que esta se haga de forma anticipada (artículo 652), sensu contrario, parece que la renuncia a la revocación es posible en el resto de casos previstos. En cambio, el Código civil francés prevé solo la posibilidad de renunciar a la revocación en el caso de la supervivencia de un hijo y en cualquier momento (artículo 965 Código civil francés).

La cuestión de la renuncia a la revocación de la donación puede plantearse con ocasión de la enajenación por parte del donatario a un tercero de un inmueble recibido en un acto de liberalidad. El tercero adquirente puede tener un legítimo interés en protegerse de los efectos de una revocación de la donación a través de la renuncia a las posibilidades previstas en los artículos 647 y en el 641 CC.

También queda fuera del ámbito de la *lex contractus* la obligación de reintegrar o computar las donaciones o liberalidades, adelantos o legados a fin de determinar las cuotas sucesorias de los distintos

<sup>31</sup> P. WAUTELET, *op. cit.*, p. 219.

<sup>32</sup> B. ANCEL, *op. cit.* p. 4, donde se cita numerosa jurisprudencia francesa en la que la Ley francesa, aplicable al caso como ley de situación de bienes inmuebles objeto de la donación permite la donación de bienes futuros siempre que ésta haya sido consentida por los esposos durante el matrimonio, se haya realizado en el contrato matrimonial por un tercero o por un futuro cónyuge al otro.

<sup>33</sup> P. WAUTELET, *op. cit.* p. 220.

<sup>34</sup> H. PEREZ et E. FONGARO, *Droit international privé patrimonial de la famille*, Paris, Litec, 2010, p. 289-290, nº 757.

beneficiarios ya que el artículo 23.2 del Reglamento Europeo de Sucesiones incluye esta cuestión en el ámbito de la ley que rige la sucesión<sup>35</sup>.

Asimismo quedarán fuera de la *lex contractus* las cuestiones referentes a la eficacia jurídico real de la donación, para cuya regulación acudiremos a la *lex rei sitae* (artículo 10.1 CC)<sup>36</sup>.

## B) Elección de Ley

**13.** El Reglamento Roma I prevé como primera opción para determinar la ley aplicable a los contratos la ley elegida por las partes (art.3). Por tanto, las partes de una donación pueden, de conformidad con la norma de la Unión, seleccionar el ordenamiento jurídico que desean para regular su donación.

Cuestión más discutible es la posibilidad de elegir la ley aplicable a las donaciones indirectas o actos de liberalidad en los que no se requiere el consentimiento del beneficiario. Por ejemplo, el contrato de seguro de vida en el que se designa a un tercero como beneficiario ha sido calificado por la doctrina como donación indirecta de un contrato de seguro<sup>37</sup>. Aunque desde el punto de vista teórico pudiera plantearse la cuestión de la ley aplicable a esta liberalidad, lo cierto es que ésta siempre tendrá causa en un contrato, por lo que su régimen debiera someterse a la ley que rija el contrato de seguro y, por tanto, aceptarse la elección de ley en virtud del Reglamento Roma I en los términos de lo previsto en el artículo 7.3<sup>38</sup>. Esta norma admite la autonomía de la voluntad conflictual de manera limitada ya que únicamente se puede elegir la Ley del Estado miembro del que sea nacional el tomador del seguro. (art. 7.3.1, c). Se entiende, aunque la norma no lo dice, que debe tomarse en cuenta la nacionalidad del tomador del seguro en el momento de la celebración del contrato y que un cambio posterior no modifica la ley aplicable<sup>39</sup>. Esta elección de ley se acordará entre la entidad aseguradora y el tomador del seguro y no participará el beneficiario cuyo consentimiento no se ha recabado siquiera para la celebración del contrato de seguro.

**14.** Para el caso de la donación entre cónyuges o en el ámbito familiar debe recordarse que las obligaciones de alimentos fueron excluidas del ámbito de aplicación del Reglamento Roma I pero dicha exclusión se limita a las obligaciones legales de alimentos derivadas de las relaciones familiares<sup>40</sup>. Las donaciones relacionadas con la manutención, también de familiares, que no deriven de una obligación legal entrarían dentro del ámbito de aplicación del Reglamento Roma I<sup>41</sup>. Así se ha defendido por la

<sup>35</sup> Reglamento (UE) n.º 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, DO L 201, de 27 de julio de 2012. Sobre la intersección de la ley de la sucesión y las leyes que regulan las relaciones de familia véase, F VISMARA, “Patti successori nel Regolamento (UE) n.º 650/2012 e patti di familia: un’interferenza possibile?”, *Rivista di Diritto Internazionale Privato e Processuale*, 2014, p. 811. En España, esta misma norma se ha aplicado para determinar la ley aplicable a las donaciones con pacto de definición, véase la Resolución DGRN de 24 de mayo de 2019, BOE, núm 150, de 24 de junio en el que se plantearon interesantes cuestiones en la determinación del concreto derecho, el régimen común o el derecho foral.

<sup>36</sup> F.J. GARCIMARTÍN ALFÉREZ, “Artículo 10”, en R. BERCOVITZ RODRÍGUEZ CANO (Dir.), *Comentarios al Código Civil*, Tirant lo Blanch, 2013, pp. 250-328, concr. párrafo 7, pp: 302-304.

<sup>37</sup> M. GRÉGORIE, *La donation d’un contrat d’assurance?*, *Notamus*, 2007, pp. 44-48.

<sup>38</sup> Esta norma indica la ley aplicable a los contratos de seguro una vez determinada la localización del riesgo en los Estados Miembro de la UE (el riesgo se localiza en el llamado país del compromiso, que es el país de la RH del tomador o, si el tomador es una persona jurídica el país del establecimiento del tomador) en virtud del art. 13.14 de la Directiva 2008/138/CE sobre el seguro de vida, el acceso a la actividad de seguro y de reaseguro y su ejercicio. A esta última norma remite el artículo 7.6 del Reglamento Roma I.

<sup>39</sup> Tampoco aclara la norma qué solución debe darse a los casos de doble nacionalidad, la doctrina ha propuesto la consideración de la nacionalidad que presente más vínculos con el tomador, esto es la nacionalidad efectiva, en cambio otros autores han entendido que pueden elegir cualquiera de ellas. Pero la propia norma contiene una regla que, aunque resulta criticable, limita la elección a la Ley a la de la nacionalidad de un Estado Miembro de la UE. Por lo que en caso de que sólo una de las nacionalidades ostentadas por el sujeto fuera la de un Estado Miembro la norma contiene la solución a los problemas de la doble nacionalidad. C. CAAMIÑA, “Capítulo XXII, Contrato internacional de seguro” en A.-L. CALVO CARAVACA/J. CARRASCOSA GONZÁLEZ, *Derecho Internacional Privado*, vol. II., Granada, Editorial Comares, 2018, pp. 1079-1109, en particular sobre la ley aplicable, pp. 1098-1113.

<sup>40</sup> Estas obligaciones fueron sometidas posteriormente al Reglamento de alimentos que remite en su artículo 15 al Protocolo de La Haya de 23 de noviembre de 2007, Reglamento 4/2009 de 18 diciembre 2008, (DOUE L 7 de 10 de enero 2009).

<sup>41</sup> Informe Giuliano/Lagarde, DO 1980, C282/1, artículo 1, párrafo 3.

doctrina para el caso de las obligaciones de alimentos nacidas en virtud de un contrato *ex novo* y no de una obligación legal, aunque se celebren entre familiares porque nacen de la libre voluntad de las partes y tienen un contenido patrimonial<sup>42</sup>.

**15.** El Reglamento Roma I permite a las partes elegir cualquier ordenamiento jurídico para regular su donación, siendo posible la elección de una ley que no tenga relación objetiva alguna con el negocio jurídico. También pueden las partes fraccionar la ley rectora de la donación sometiendo una parte a una ley estatal y el resto a otro ordenamiento jurídico. No obstante, la utilización de esta facultad añadiría una mayor complejidad al régimen de las donaciones con elemento extranjero por lo que debería utilizarse con mucha precaución.

Las amplias posibilidades que otorga el Reglamento Roma I no deben hacer perder de vista que la ley elegida completa y suple las eventuales carencias del acto de donación. Por ello, la selección de la ley elegida para regir la donación debe realizarse de modo que su aplicación considere válida la donación y el operador jurídico tendrá que verificar con antelación la conformidad a ese derecho de las disposiciones acordadas entre las partes en la donación.

De modo que si se selecciona como aplicable un derecho extranjero sería necesario comprobar que las cláusulas de la donación son conformes con los principios básicos rectores de esta institución en dicho ordenamiento jurídico. En una donación otorgada en España que tenga por objeto un bien inmueble, se requerirá la intervención de un notario (artículo 633 CC). En una donación otorgada ante notario español las referencias al Código Civil pueden no tener sentido si se elige una ley extranjera. Igualmente parece muy aconsejable verificar la coherencia de la ley elegida con las disposiciones de la ley rectora de la sucesión del donante.

La elección de ley puede consistir en una cláusula inserta en el contrato de donación o en un acuerdo adjunto a la misma en el que el donatario acepta la donación junto con otras disposiciones. En cualquier caso, tal y como exige el artículo 3 del Reglamento Roma I, la elección de ley debe ser clara e inequívoca.

Aunque el Reglamento Roma I lo permita, no se ve interés en la inclusión en la donación de una cláusula que limite la elección a ciertas cuestiones, como la formación y los efectos de la donación. Parece más adecuada la redacción de cláusulas omnicomprendivas en las que no quede duda de que cualquier aspecto de una donación está sometida a la ley elegida.

### C) Límites a la elección de Ley

**16.** La aplicación del ordenamiento estatal elegido a una donación está limitada, como en cualquier contrato, por las normas imperativas con vocación de ser aplicadas al negocio jurídico en cuestión del ordenamiento jurídico del foro o del país de ejecución de las obligaciones. Las normas imperativas son de aplicación inmediata y se aplican a cualquier donación, independientemente de cual sea la ley elegida, en virtud de lo dispuesto en el artículo 9 del Reglamento Roma I. Esta norma define las llamadas leyes de policía como las disposiciones 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 a la donación<sup>43</sup>.

En relación a una donación en España, podrían ser consideradas normas imperativas de aplicación inmediata, por ejemplo, la prohibición de reversión estipulada por el donante en favor de tercero prevista en el artículo 641 CC o las limitaciones de los bienes que pueden ser objeto de donación previstas en los artículos 634, 635 y 636 del CC<sup>44</sup>. En este último caso, es necesario verificar la compatibilidad

<sup>42</sup> J. CARRASCOSA GONZÁLEZ, “Capítulo XXII, Alimentos”, en A.-L. CALVO CARAVACA/J. CARRASCOSA GONZÁLEZ, *Derecho Internacional Privado*, vol. II., Granada, Editorial Comares, 2016, pp. 593-634.

<sup>43</sup> M. HELLNER, “Third country overriding mandatory rules in the Rome I Regulation: old wine in new bottles?”, *Journal of Private International Law*, 2009, p. 447 y ss.

<sup>44</sup> Véase para el caso francés M. VELLANO, “La donazione nel diritto internazionale privato” in G. BONOLINI (ed.) *Trattato di diritto delle successioni e donazioni*, Giuffrè, Milano, 2009.

de los términos de la donación con lo previsto en la ley nacional y de la residencia habitual del donante que podrán ser aplicadas como normas imperativas<sup>45</sup>.

En virtud del párrafo segundo del artículo 9, la ley estatal elegida para ser aplicada a la donación no impide la aplicación de las disposiciones de policía de la ley del foro. Evidentemente la cuestión litigiosa relativa a la sucesión debe plantearse ante las autoridades españolas para que la aplicación de las disposiciones imperativas de los distintos ordenamientos jurídicos –común y/o forales– relativas a la sucesión, tengan vocación de ser aplicadas como ley del foro.

Particular interés suscita la posible aplicación como principio irrenunciable del ordenamiento jurídico español de irrevocabilidad de las donaciones, vigente también en varios ordenamientos jurídicos de nuestro entorno<sup>46</sup>.

Estas disposiciones internacionalmente imperativas tendrán vocación de ser aplicadas cuando el caso esté vinculado con España. Este sería el supuesto de una donación entre residentes en España formalizada ante notario extranjero y sometida a derecho extranjero. Si las partes deciden no someter la donación a derecho español sería conveniente tener en cuenta por parte de los operadores jurídicos estas disposiciones de aplicación inmediata.

Finalmente, debe recordarse que el apartado tercero del artículo 9 establece que se pueda *dar efecto* a las leyes de policía del país en que las obligaciones derivadas del contrato tienen que ejecutarse o han sido ejecutadas en la medida en que dichas leyes de policía hagan la ejecución del contrato ilegal<sup>47</sup>. Esta limitación de la autonomía de la voluntad puede también actuar en el ámbito de las donaciones cuando los bienes objeto de la donación se encuentren en un Estado distinto del de la ley elegida.

**19.** Tampoco debe descartarse la aplicación de la ley del país del lugar de cumplimiento de las obligaciones en virtud del artículo 12.2. Reglamento Roma I a las modalidades del cumplimiento y a las medidas que se deben tomar en caso de cumplimiento defectuoso.

#### **D) Límite a la aplicación de la Ley elegida**

**17.** La aplicación de las normas imperativas del ordenamiento jurídico español será más previsible en el caso de que el único elemento extranjero de la donación se refiera a la elección por las partes de un derecho extranjero como *lex contractus* en virtud del artículo 3 Reglamento Roma I. La elección de una ley extranjera en una donación que tiene todos sus elementos conectados con España –residencia y nacionalidad de las partes, situación del bien donado y lugar de celebración– es válida conforme al Reglamento Roma I (artículo 3.3). Sin embargo, esta ley tendrá una aplicación limitada ya que esta elección no impide la aplicación de las normas imperativas españolas. Esta limitación puede tener aplicación de las disposiciones referentes a la revocación, limitaciones de disponer para el donante que pueden ser consideradas no derogables mediante contrato.

#### **E) Ley aplicable en ausencia de elección**

**18.** El Reglamento Roma I prevé unas reglas supletorias para el caso en el que la ley aplicable no haya sido elegida por las partes en una donación internacional. Las normas del Reglamento Roma I nos remiten, con carácter general, a la ley de la residencia habitual del donante dado que es el donante el que realiza la prestación característica del contrato (Artículo 4.2 del Reglamento Roma I)<sup>48</sup>.

<sup>45</sup> Los artículos 21 y 22 del Reglamento de sucesiones prevén la ley de la residencia habitual del causante en el momento del fallecimiento como ley rectora de toda la sucesión y la posibilidad de elegir por el causante la ley de su nacionalidad en el momento de realizar la elección o del fallecimiento.

<sup>46</sup> Para el caso belga, véase P. WAUTELET, *op.cit.*, p. 222. La irrevocabilidad en Francia se describe en P. MALAURIE, *op. cit.*, p. 199.

<sup>47</sup> M. HELLNER, “Third country overriding mandatory rules in the Rome I Regulation: old wine in new bottles?”, *Journal of Private International Law*, 2009, p. 447 y ss.

<sup>48</sup> Z. TANGN, “Law Applicable in the Absence of Choice. The New Article 4 of the Rome I Regulation”, *The Modern Law Review*, 2008, pp: 785-800.

No obstante, si el bien donado es un inmueble la ley rectora de dicha donación se determinará conforme al artículo 4.1, letra c que remite a la ley de situación del bien. Para el caso de que la donación englobe bienes muebles e inmuebles podrían distinguirse dos partes en el acto y cada una de ellas estar sometida a la ley correspondiente. De tal manera que la donación del bien mueble se regiría por la de la residencia habitual del donante y la donación del bien inmueble se regirá por la ley de situación del bien, que puede ser la de un Estado distinto<sup>49</sup>.

Más dificultades se pueden encontrar en el caso de la donación con causa onerosa ya que el artículo 622 CC sólo considera verdadera donación “la parte que excede del gravamen impuesto”. Esta expresión, parece querer decir que se considerará verdadera donación la parte de atribución que excede del valor del servicio prestado, y por ello sólo en esa parte cabe aplicar a una “donación remuneratoria” el régimen de colación, reunión ficticia, reducción, o la presunción de fraude, que preceptos como los artículos 1297.1.º y 643.2.º CC refieren a las donaciones, o acaso el sistema de revocación, etc. También aquí puede ser necesaria la fragmentación de la ley aplicable al negocio jurídico.

A pesar de las dificultades de aplicación que puede suponer la aplicación de una ley nacional distinta a la donación y a la sucesión del donante, ello no cambia el hecho de que la prestación característica del negocio jurídico sea la transmisión de la propiedad de un bien del patrimonio del donante al donatario. Estos problemas no deben exagerarse ya que al prever el Reglamento de sucesiones que la ley aplicable a la sucesión, a falta de elección, es la ley de la residencia habitual del causante en el momento del fallecimiento (artículo 21) coincide, de este modo, la ley estatal rectora de la donación, de la parte de libre disposición, las legítimas y las demás restricciones a la libertad de disposición *mortis causa* y de la obligación de reintegrar o computar las donaciones o liberalidades.

La posibilidad para el causante de elegir expresamente que sea su ley nacional –bien en el momento de la elección, bien en el momento del fallecimiento– la que rija su sucesión le permitirá planificar su sucesión con antelación procurando mayor seguridad para sus herederos y para los donatarios. De tal modo que la ley del lugar de residencia habitual del donante cederá frente a la ley nacional; esa cesión puede también producirse en los supuestos en que se constate que el causante tenía un vínculo más estrecho con otro Estado –país de su nacionalidad o en el que se localizaban sus bienes–.

### III. Ley aplicable a las donaciones complejas

**20.** Las ventajas fiscales de las donaciones frente a otros negocios jurídicos utilizados para transmitir la propiedad y la sofisticación en la planificación de las sucesiones *mortis causa* han podido motivar la utilización de fórmulas más complejas de donaciones. En este apartado analizaremos si las distintas donaciones requieren un tratamiento diferente desde el punto de vista del Derecho Internacional Privado.

#### 1. La donación modal o con cargas

**21.** Se entiende que es posible la imposición por parte del donante de una carga al donatario (artículo 619 CC) sin que el negocio jurídico deje de considerarse una donación<sup>50</sup>. La donación modal se rige por la normativa de la donación en la parte que excede del valor de gravamen impuesto, añade el artículo 622, aunque lo hace con una terminología distinta al referirse a la donación remuneratoria<sup>51</sup>.

Entendemos que si la naturaleza jurídica de la donación no cambia por la imposición de una carga tampoco debe hacerlo su tratamiento desde el punto de vista del Derecho Internacional Privado por lo que se aplicará el Reglamento Roma I para determinar la ley aplicable a esta modalidad de donación. Y ello

<sup>49</sup> Ciertos autores han propuesto otras opciones que consisten en acudir, en todo caso, al artículo 4.2 del Reglamento y aplicar la Ley de la residencia habitual del donante, dado que el contrato puede ser susceptible de distintas calificaciones, P. WAUTELET, *op.cit.*, p. 224.

<sup>50</sup> Sentencia TS (Sala de lo Civil) de 16 enero, núm. 828/2012, Recurso de Casación Recurso extraordinario por infracción procesal núm. 740/2010

<sup>51</sup> Cuestión ya superada por doctrina y jurisprudencia Sentencia TS de 27 de julio de 1994 y las que en ella se citan.

con independencia del tipo de actuación en que consista el gravamen impuesto, incluso el no evaluable económicamente<sup>52</sup>. Tampoco debiera variar la determinación de la ley aplicable por el hecho de imposición de otras cargas impuestas en la donación, puede ser un motivo, finalidad, deseo o recomendación, el cumplimiento de una obligación como determinación accesoria de la voluntad del donante o la carga que supone la imposición al donatario de un destino que ha de tener la cosa donada<sup>53</sup>.

Tanto estas donaciones complejas como los efectos sobre la posible revocación (artículo 647 CC) en el marco de las mismas se someten en Derecho español al régimen general de los contratos en virtud del artículo 621 CC<sup>54</sup>.

**22.** La imposición de una carga en la donación no parece hacer más pertinente la aplicación de otra norma de conflicto distinta como la aplicable a los derechos reales. La imposición de una carga en la donación otorga al donante un derecho de crédito, pero no un derecho real<sup>55</sup>.

Más adecuado será acudir a la ley rectora de la sucesión si las cargas impuestas por el donante se mantienen en el tiempo una vez fallecido éste. Por ejemplo, porque la carga consistente en el pago de una renta a favor del donante se estipula de tal modo que deba pagarse al cónyuge superviviente tras el fallecimiento de aquel. En este caso será necesario consultar la ley rectora de la sucesión dado que el artículo 23.2 del Reglamento Europeo de Sucesiones somete a esta ley la cuestión de la obligación de reintegrar o computar las donaciones o liberalidades “con el fin de determinar las cuotas sucesorias de los distintos beneficiarios”.

Del mismo modo, la ley rectora de la sucesión del donante debería consultarse, en virtud del artículo 636 CC, a efectos de determinar si el importe de una prima pagada al beneficiario de un seguro de vida debe tomarse en consideración a efectos de comprobar si perjudica la legítima, para en su caso proceder a la oportuna reducción<sup>56</sup>.

La aplicación concurrente de ambas leyes –la contractual y la de la sucesión– a la donación debe realizarse en el momento del fallecimiento del donante dado que la donación ha de reducirse por inoficiosa únicamente si atenta a la legítima, y en la parte que exceda esa medida. Por ello, la inoficiosidad debe determinarse en el momento de la partición a la que habrá de traerse el valor de los bienes donados al tiempo en que se evalúen los bienes hereditarios (art. 1045 CC), a fin de integrar la masa hereditaria con el “relictum” más el “donatum” a efectos de poder calcular las legítimas de los herederos forzosos y comprobar si la donación las ha perjudicado causando su reducción<sup>57</sup>.

Asimismo, debe ser aplicada la ley rectora de la sucesión en el caso de la colación en la herencia. La colación por la que se agrega a la masa hereditaria, por parte de los herederos forzosos que concurren con otros en una sucesión, el importe de los bienes que hubieren recibido del *de cuius* por donación con el fin de computarlo en la regulación de las legítimas y en la cuenta de partición (artículo 1.035 CC) es materia sometida a la ley rectora de la sucesión (artículo 23.2 Reglamento de Sucesiones).

**23.** Por otro lado, la prohibición para el donatario de aportar los bienes donados a una comunidad de bienes o a una indivisión, por ejemplo, con ocasión de un matrimonio, hace relevante la determinación de la ley aplicable al régimen matrimonial. El donante puede tener la intención de proteger el bien donado de los efectos de éste régimen sobre la propiedad de los bienes donados. Aunque la ley aplicable al régimen económico matrimonial no tiene vocación de ser aplicada a estas donaciones (artículo 27 del Reglamento sobre los regímenes económicos matrimoniales), sin embargo, puede afectar al estatus de los bienes donados antes del matrimonio, porque las facultades del donatario sobre el bien pueden verse limitadas.

<sup>52</sup> Sentencia de 23 de noviembre de 2004

<sup>53</sup> Sentencias de 11 de diciembre de 1988 y 27 de diciembre de 1994 Sentencias de 11 de diciembre de 1988 y 27 de diciembre de 1994, Sentencia 6 de abril 1999 y Sentencia TS de 20 de julio (Sala de lo Civil, Sección1ª) núm. 900/2007.

<sup>54</sup> Sentencia TS de 3 octubre (Sala de lo Civil, Sección1ª) núm. 665/2011.

<sup>55</sup> E. BEGUIN, “Quasi-usufruit. La donation de valeurs mobilières avec réserve d’usufruit-La protection du donateur”, en N. BAUGNIET/ J.-F. TAYMANS (éd.), *Planification successorale. Aspects civils et fiscaux*, Bruselas, Bruylant-Academia, 2008, p. 205.

<sup>56</sup> Sentencia AP de Álava (Sección 1.ª) de 17 noviembre 2010, núm. 540.

<sup>57</sup> *Ibidem*.

El artículo 1.2 del Reglamento Roma I excluye de su ámbito de aplicación la cuestión de la naturaleza de los derechos reales sobre un bien, por lo que para determinar la validez de una cláusula limitativa de las facultades del donatario, en tanto que propietario del bien, la ley rectora de los derechos reales (*lex rei sitae*) del bien donado puede pensarse más relacionada con la cuestión (artículo 10.1 CC).

La misma ley debe tomarse en consideración también para garantizar la validez de una cláusula limitativa de la facultad de disposición del donatario incluida con la finalidad de garantizar la eficacia de una cláusula de reserva o de reversión de la donación (artículos 639 y 641 CC).

## 2. La donación con reserva de usufructo

24. En Derecho español, la donación con reserva de usufructo permite al disponente beneficiarse de sus bienes o mantener cierto control sobre ellos tras la donación. El artículo 640 CC permite la donación de la propiedad de un bien a una persona y el usufructo a otra u otras con la limitación del artículo 781 CC, es decir, siempre que no supere el segundo grado de parentesco, o que se hagan en favor de personas que vivan al tiempo del fallecimiento del testador.

La aplicación de la norma de conflicto para la determinación de la ley aplicable dependerá de la naturaleza del negocio jurídico. A tenor de la jurisprudencia española, estaremos ante una donación entre vivos y no *mortis causa* no sólo cuando se confiere la nuda propiedad a una persona y el usufructo a otra (artículo 640 del Código Civil), sino también cuando el donante de la nuda propiedad retiene para sí el usufructo (artículos 492 y 634)<sup>58</sup>. Los tribunales consideran también una donación entre vivos la realizada por el donante que confiere el usufructo a otra persona, pero, sólo para después de la muerte del donante mismo que queda como primer usufructuario. Y, en general, mantienen esa naturaleza los negocios que contienen estipulaciones parecidas, siempre que exista la intención de producir un desprendimiento actual e irrevocable de derechos aunque se acuerde que sólo pueda hacerse plenamente efectivo a la muerte del disponente<sup>59</sup>.

Por tanto, parece generalmente aceptado que en Derecho español se hace una interpretación de los términos de la donación con reserva de usufructo considerando su naturaleza contractual<sup>60</sup>. Por tanto, si el derecho de usufructo que acompaña a una donación se pacta convencionalmente y no modifica la naturaleza contractual del negocio jurídico será la *lex contractus*, determinada por la voluntad de las partes o por los criterios objetivos contenidos en el Reglamento Roma I, la que determinará si están permitidas las cláusulas de la donación que fijan las facultades respectivas del nudo propietario y del usufructuario o si es posible sustituir el usufructo por una renta vitalicia. Aunque será también esa misma ley la que establezca los límites de las facultades del donante que pretende acordar una reserva de usufructo en relación con la irrevocabilidad de esta institución, habrá que tener en cuenta el impacto que puedan tener las leyes de policía con vocación de ser aplicadas al caso (Artículo 9 Reglamento Roma I).

La doctrina advierte también de la incidencia que puede tener la aplicación de la ley aplicable a los derechos reales, cuando la reserva del usufructo pactada mantenga en poder del donante facultades propias de derechos reales<sup>61</sup>.

## IV. Ley aplicable a la forma

25. La forma en que se realizan las donaciones con un elemento extranjero parece cumplir con todas las funciones que se atribuyen a la forma de los actos jurídicos y que justifican su exigencia: la probatoria, la admonitoria, la depuradora y la de economía procesal<sup>62</sup>.

<sup>58</sup> Sentencia TS 7 de junio de 1960.

<sup>59</sup> Resolución DGRN de 21 enero 1991.

<sup>60</sup> Sentencia AP Cáceres (Sección 1ª) de 14 octubre, núm. 395/2010.

<sup>61</sup> Sentencia AP Burgos, de 20 de noviembre de 2003, núm. 499/2003. P. WAUTELET, *op. cit.*, p.261,

<sup>62</sup> Para una explicación de las funciones de la forma de los actos jurídicos y su regulación en el Derecho Internacional Privado véase, P. BLANCO MORALES LIMONES, "Forma de los actos jurídicos", en A.-L. CALVO CARAVACA/J. CARRASCOSA GONZÁLEZ (Dir.), *Derecho Internacional Privado*, Vol. II, 2013-2014., pp: 5-15.



La donación realizada en escritura pública, tal y como exige el artículo 633 del CC para la validez de la que se otorgue sobre bienes inmuebles, garantiza una mayor seguridad jurídica, sin embargo la búsqueda de flexibilidad y confidencialidad en las donaciones internacionales pueden hacer preferible otros tipos de forma como la verbal o la escrita en documento privado permitida por el artículo 632 CC para donación de bienes muebles<sup>63</sup>.

Para garantizar la validez formal de una donación con vocación de producir efectos en otro país o que afecta a bienes situados en otro país es necesario tener en cuenta las restricciones formales establecidas en las normas de derecho internacional privado. Para ello debemos, en primer lugar, identificar cuáles son las normas de conflicto susceptibles de aplicarse dado que la donación es un negocio jurídico híbrido y que junto a la dimensión contractual habrá que considerar la aplicación de otras normas de conflicto, por ejemplo, las relativas a los efectos reales.

La ley aplicable a la forma de las donaciones internacionales se determinará acudiendo al Reglamento Roma I, Reglamento que únicamente se referirá a la ley aplicable a los aspectos contractuales de la donación (artículo 11)<sup>64</sup>. La doctrina está dividida sobre la posible aplicación de otras normas de conflicto para determinar la ley aplicable a la forma del negocio jurídico a las otras dimensiones de los actos de liberalidad. Diversas soluciones se han propuesto: someter la donación a la *lex loci*, salvo que las partes hayan voluntariamente sometido ésta a la ley rectora del fondo o a la ley nacional común<sup>65</sup>; someter la forma de las donaciones que recaigan sobre bienes muebles corporales o incorporeales a la *lex rei sitae*<sup>66</sup>. Esta debiera ser la única norma aplicable para la determinación de la ley rectora de la forma ya que considerando el título de la donación un contrato, las otras dimensiones de la donación, las sucesorias, las relativas a la eficacia jurídico real o a las relaciones entre esposos no implica añadir otros requisitos formales.

El artículo 11.1 del Reglamento Roma I prevé una solución favorable a la validez formal de las donaciones porque otorga la posibilidad a las partes de aplicar alternativamente la ley rectora del fondo o de la ley del lugar de otorgamiento, salvo que la donación tenga por objeto un bien inmueble, en cuyo caso el apartado 5 de la disposición nos remite a la ley del lugar de situación del bien<sup>67</sup>.

De este modo, si las partes eligen la Ley española para regir una donación de bienes muebles otorgada en Francia o en Bélgica podrán eludir los requisitos formales (escritura pública) previstos en los respectivos ordenamientos jurídicos. Esta regla permitiría también que una donación sea válida formalmente cuando se cumplan las exigencias del lugar donde se otorgue, con independencia de las establecidas en la ley estatal que rija la misma donación.

Aunque las normas de Derecho Internacional Privado no imponen grandes restricciones formales a las donaciones internacionales otras disciplinas de los ordenamientos jurídicos, como el Derecho Civil, las normas relativas al acceso a los registros públicos o la normativa fiscal pueden establecer otras exigencias y limitar la eficacia de las donaciones que no respeten las condiciones de la ley del lugar donde ésta vaya a producir efecto.

La doctrina ha entendido que en el caso de una donación indirecta, producida mediante la ejecución por parte del donante de un acto abstracto como puede ser el pago de una deuda de otro o la venta de un bien al donatario a un precio muy ventajoso, será la ley aplicable a la forma de la donación la que establezca la validez de ésta<sup>68</sup>.

El liberalismo con que regula la ley aplicable a la forma el Reglamento Roma I no se extiende a las donaciones vinculadas exclusivamente con un único país, en las que el único elemento internacional

<sup>63</sup> Esta norma exige para la validez de la donación verbal de bienes muebles que los mismos sean entregados simultáneamente salvo que se realice por escrito al igual que la aceptación.

<sup>64</sup> No se aplicará por tanto el artículo 11 CC, A.L. CALVO CARAVACA, "Forma de los actos jurídicos", en A.-L. CALVO CARAVACA/J. CARRASCOSA GONZÁLEZ (Dir.), *Derecho Internacional Privado*, Vol. II, 2018, p. 582.

<sup>65</sup> En Francia la jurisprudencia requiere el respeto de la forma exigida por las normas francesas para la validez de una donación internacional si las partes no han elegido otra, véase, H. MUIR WATT et D. BUREAU, *op. cit.* p. 253.

<sup>66</sup> Las formalidades requeridas en ciertas donaciones no tienen su razón de ser en la liberalidad del acto sino en la transferencia de la propiedad o de un derecho sobre un bien. Por esta razón parte de la doctrina considera que debe acudir a la ley rectora de las disposiciones de los derechos reales. Siendo, por tanto, la ley que rige el derecho donado la que determinará las formalidades requeridas para su publicidad y eficacia: derecho de marcas, patentes o fondos de comercio. B. ANCEL, *op. cit.*, p. 15.

<sup>67</sup> Sentencia AP de Islas Baleares (Secc. 3ª), de 16 julio 2009, núm. 304/2009.

<sup>68</sup> P. WAUTELET, *op. cit.*, p.263, H. PEREZ, *op. cit.*, p. 283, B. ANCEL, *op. cit.*, p. 12.

es la elección de una ley extranjera. El artículo 3.3 del Reglamento Roma I establece para estas donaciones que la ley elegida por las partes no evitará la aplicación de las normas imperativas del ordenamiento jurídico del Estado con el que están naturalmente vinculado. La aplicación de esta norma implica que, si una persona residente en Francia otorga una donación de bienes muebles a favor de donatario residente en ese mismo país de bienes situados en Francia, la elección en el acto de donación de la Ley española no evitará la aplicación a esa donación de las normas imperativas francesas. Por tanto, no será suficiente con cumplir con los requisitos formales previstos en el artículo 632 del CC, sino que la escritura pública exigida por el artículo 931 del CC francés devendrá la forma válida de otorgamiento.

Esta regla tendrá un impacto menor en la eficacia formal de los actos de donación en los países con exigencias formales menores como España, pero será de gran relevancia para los ordenamientos jurídicos con exigencias formales como Francia<sup>69</sup>.

**26.** Más allá de las limitaciones de los requisitos formales en las donaciones objetivamente internas la flexibilidad de las reglas formales en el ámbito internacional debe ser matizada en dos casos: cuando los bienes objeto de donación están situados en el extranjero y cuando los bienes objeto de la donación son de naturaleza inmueble.

En el primer caso, aunque la situación de los bienes objeto de donación es irrelevante en la determinación de la ley aplicable a la forma de las donaciones, la ley de ese país si puede tener vocación de ser aplicada, por ejemplo, en el caso de realizar una donación de los bienes en una cuenta bancaria inscritos en un establecimiento financiero en el extranjero.

En el segundo caso, el otorgamiento de una donación en el extranjero de un bien inmueble debe ser formalizado de tal manera que el donatario pueda reivindicar sin dificultad la propiedad del bien donado, por lo que su regulación en el ámbito internacional debe ser objeto de mayores reservas.

El Reglamento Roma I contiene una disposición específica más estricta para las donaciones de bienes inmuebles. El artículo 11.5 establece la aplicación de las normas imperativas de la ley del Estado de situación del bien inmueble.

Estas normas se aplican en tanto se consideren imperativas en el Estado de situación del bien. De tal manera que en virtud del Reglamento Roma I estas exigencias formales se aplicarán cualquiera que sea el lugar de conclusión del contrato o la ley rectora del fondo de la donación<sup>70</sup>. Entre estas reglas pueden estar las previstas en ciertas legislaciones que reservan a un notario local la facultad exclusiva de otorgar escritura pública de los bienes inmuebles situados en su zona<sup>71</sup>. La jurisprudencia española considera que la forma en escritura pública de una donación de bien inmueble situado en España tiene carácter constitutivo, con independencia de la nacionalidad de los donantes y el lugar de otorgamiento, por lo que su omisión hace inexistente el negocio jurídico (artículo 633 CC)<sup>72</sup>.

Respetar las exigencias imperativas del ordenamiento jurídico del lugar de situación del bien inmueble es esencial para asegurar la oponibilidad del acto. Por tanto, como el artículo 633 del CC exige la escritura pública y la Ley Hipotecaria requiere la autenticación del acto traslativo de la propiedad para la inscripción de los actos intervivos traslativos de dominio, no es recomendable realizar donaciones de bienes inmuebles situados en España mediante contrato privado, incluso cuando se trate de una forma válida en virtud de la ley extranjera rectora del fondo de la donación (art. 3 Ley Hipotecaria). Con el respeto de las formalidades de la *lex rei sitae* no solo se garantiza la eficacia del acto, sino que se garantiza la posibilidad de oponer la donación del inmueble frente a terceros.

En las donaciones con dimensión internacional, habrá que considerar otras leyes que pueden impedir u obstaculizar su circulación internacional o la de ciertos actos relacionados con ellas. Los requisitos formales exigidos por determinadas leyes nacionales pueden llegar a hacer inaplicable las normas de derecho internacional privado. Así, el artículo 930 del Código Civil francés exige que la renuncia anti-

<sup>69</sup> *Ibidem*.

<sup>70</sup> P. WAUTELET, *op. cit.*, p. 237.

<sup>71</sup> No así en España, pero en Suiza (país no Estado miembro del Reglamento Roma I) se impone el otorgamiento de la escritura pública de donación de un bien inmueble por parte de un notario local. Por ende, una donación de bien inmueble sito en un cantón suizo ante notario español no surtirá ningún efecto en Suiza.

<sup>72</sup> Sentencia TS (sala de lo civil) de 5 junio 2000, núm. 551/2000.

pada a la acción de reducción sea manifestada y recogida en escritura pública ante dos notarios, debiendo ser firmada separadamente por cada uno de los renunciantes en presencia únicamente de los notarios<sup>73</sup>.

Aunque conforme a las normas del lugar donde se otorgue no sea necesario, la formalización en escritura pública de una donación con una dimensión internacional aporta seguridad jurídica, sean los bienes donados de naturaleza mueble o inmueble.

**27.** Aunque las exigencias relativas al objeto de la donación se rigen por la *lex contractus*, la ley rectora de la sucesión y la ley aplicable a los derechos reales tendrán vocación de regir la forma de determinadas donaciones.

No podemos olvidar, finalmente que, con carácter general, el artículo 27 del Reglamento Europeo de Sucesiones establece la ley aplicable a la forma de los contratos o pactos sucesorios excluidos del ámbito de aplicación material del Convenio de La Haya de 5 octubre 1961 sobre los conflictos de leyes en cuestión de forma de las disposiciones testamentarias. Convenio que hace también inaplicable el artículo 11 del CC a los pactos sucesorios<sup>74</sup>.

## V. Alcance de la Ley aplicable a la eficacia jurídico-real de las donaciones

**28.** Para determinar la ley aplicable a los conflictos relacionados con la eficacia jurídico-real que resulten de una donación habrá que acudir a la norma de conflicto establecida para las cuestiones relativas a los derechos reales y a la posesión.

Esta norma es en nuestro ordenamiento jurídico el artículo 10.1 CC que determina la aplicación de la ley del país de situación de los bienes. La *lex rei sitae* regirá, con carácter general, los derechos reales sobre los bienes muebles e inmuebles. Esta solución recogida por algunos de los ordenamientos jurídicos de nuestro entorno evita la relatividad de soluciones<sup>75</sup>.

Esta ley regirá las cuestiones relativas a la transmisión de la propiedad del bien donado, si ésta se ha producido, si el donante era propietario del bien, los modos de transmisión (doctrina del título y el modo), requisitos para que se realice, etc.<sup>76</sup>. De tal manera que la validez de una donación como título de adquisición, se regirá por la *lex contractus*, pero las condiciones exigidas para la adquisición de la propiedad del bien donado por el donatario quedan sujetas a la ley del país de situación del bien. Por tanto, si la *lex rei sitae* exige exclusivamente un título jurídico para la transmisión de la propiedad, la ley aplicable a la donación será la única aplicable. Sin embargo, si la ley del país de situación de los bienes donados exige para esta transmisión requisitos añadidos, éstos deberán ser respetados para que la donación sea eficaz. Si tal y como ocurre en el ordenamiento jurídico español el otorgamiento de la donación en escritura pública de un bien inmueble es constitutiva del derecho real podría considerarse esta cuestión formal sometida a la *lex rei sitae*.

## VI. Conclusiones

**Primera.** Los actos de liberalidad que traspasan las fronteras de un país presentan una complejidad derivada de su naturaleza híbrida que impide un tratamiento unitario de la institución y supone un campo de prueba perfecto para la aplicación de los problemas de aplicación de la norma de conflicto como la calificación, el fraccionamiento o el orden público internacional.

La más que probable aplicación de una pluralidad de leyes estatales a un mismo acto de donación exige una precaución especial por parte de los operadores jurídicos que diseñen actos de liberalidad conectados con varios ordenamientos jurídicos.

<sup>73</sup> La doctrina no considera posible otorgar efectos en Francia a un acto otorgado en el extranjero de renuncia anticipada a la acción de reducción. Véase, H. PEREZ ET F. FONGARO, *op cit*, p. 291, n.º 761.

<sup>74</sup> A. L. CALVO CARAVACA/J. CARRASCOSA GONZÁLEZ, *Derecho Internacional Privado*, Vol. I, Comares, Granada, 2018, p. 582.

<sup>75</sup> Así ocurre en Bélgica y Francia.

<sup>76</sup> Sentencia AP de Islas Baleares (Secc. 3ª), de 16 julio 2009, núm. 304/2009.

**Segunda.** La capacidad para donar o recibir una donación se regirá por la ley material aplicables en virtud del artículo 9.1CC para las personas físicas y 9.11CC para las personas jurídicas. Será la ley nacional respectiva de donante y donatario las que establezcan los requisitos para poder disponer de un bien o recibirlo en un acto de liberal.

**Tercera.** La ley material aplicable en virtud del Reglamento Roma I regirá las obligaciones personales que deriven de un acto de donación, la interpretación de sus términos, el cumplimiento de las obligaciones que genere, las consecuencias del incumplimiento, los modos de extinción de las obligaciones, la posible revocación –salvo que se produzca por la supervivencia de hijos– y la eventual renuncia a la misma, la prescripción y caducidad y las consecuencias de su nulidad.

Sin embargo, se aplicará la ley sucesoria resultante de la aplicación del Reglamento de sucesiones para determinar las siguientes cuestiones: la revocación de la sucesión por supervivencia de hijos o la obligación de computar las donaciones a efectos de calcular las cuotas sucesorias.

Las cuestiones relativas a la transmisión de la propiedad y todo lo relativo a la constitución de un derecho real, los límites a la autonomía de la voluntad a la hora de diseñar el usufructo o cualquier otro aspecto de la donación se regirá por la ley de situación de los bienes en virtud del artículo 10.1 CC.

# MERCADO ÚNICO DIGITAL: MEDIDAS CONTRA EL BLOQUEO GEOGRÁFICO INJUSTIFICADO, CONTRATOS DE CONSUMO CONCLUIDOS POR VÍA ELECTRÓNICA Y NORMAS DE DERECHO INTERNACIONAL PRIVADO\*

## EU DIGITAL SINGLE MARKET: MEASURES AGAINST UNJUSTIFIED GEO-BLOCKING, ELECTRONIC CONSUMER CONTRACTS AND THE CONFLICT OF LAWS

RAÚL LAFUENTE SÁNCHEZ

*Profesor Titular acreditado de Derecho internacional privado  
Universidad de Alicante*

ORCID ID: 0000-0002-0348-2530

Recibido: 29.05.2019 / Aceptado: 13.06.2019

DOI: <https://doi.org/10.20318/cdt.2019.4953>

**Resumen:** El Reglamento sobre bloqueo geográfico injustificado tiene como finalidad eliminar la discriminación directa e indirecta basada en la nacionalidad, el lugar de residencia o el lugar de establecimiento de los clientes. Para alcanzar este objetivo, prohíbe a los comerciantes el uso de medidas tecnológicas o de otro tipo con el fin de bloquear o limitar el acceso de los clientes a sus interfaces en línea. Por otra parte, dispone que del cumplimiento del Reglamento no se derivará que el comerciante dirige sus actividades al domicilio o residencia habitual del consumidor en el sentido de lo dispuesto en los Reglamentos Bruselas I bis y Roma I. De esta declaración puede derivarse una posible interferencia con los criterios ya definidos en la jurisprudencia del Tribunal de Justicia a la hora de delimitar cuando un comerciante ha dirigido sus actividades al Estado miembro del domicilio o residencia habitual del consumidor. En el presente trabajo estudio y analizo esta cuestión, así como sus posibles consecuencias en los contratos de consumo celebrados por vía electrónica.

**Palabras clave:** mercado único digital, bloqueo geográfico injustificado, reglamento (UE) 2018/302, derecho internacional privado, contratos de consumo electrónicos, concepto de “actividades dirigidas”.

**Abstract:** The unjustified geo-blocking Regulation aims to eliminate direct and indirect discrimination based on customers' nationality, place of residence or place of establishment. In order to achieve this goal, prohibits to traders the use of technological measures or otherwise, to block or limit a customer's access to their online interfaces for reasons related to the customer's nationality, place of residence or place of establishment. Moreover, the Regulation provides that compliance with its rules shall not be construed as implying that a trader directs activities to the Member State of the consumer's habitual residence or domicile within the meaning of Brussels I Regulation and Rome I Regulation. This statement raises a possible interference with the criteria identified in the European Court of Justice case law, in order to delimit when a trader has directed his activities to the Member State of the consumer's

---

\* Trabajo elaborado en el marco del Proyecto de investigación DER 2017-84748-R (PROY I+D+i del Ministerio de Economía, Industria y Competitividad, MINECO, 2018-2021. DSM-CONSUMER) titulado *Mercado único digital europeo y protección de los consumidores: perfilando los derechos de las partes en contratos de suministro de contenidos digitales*.

habitual residence or domicile. In this paper I analyze the aforementioned issue and its consequences for the electronic consumer contracts.

**Keywords:** EU digital single market, unjustified geo-blocking, regulation (EU) 2018/302, conflict of laws, electronic consumer contracts, concept of “directing activities”.

**Sumario:** I. Introducción. II. El Reglamento sobre bloqueo geográfico injustificado. 1. Planteamiento. 2. Objetivos y ámbito de aplicación del Reglamento. 3. Obligaciones que impone el Reglamento a los comerciantes. A) Permitir el acceso a sus interfaces en línea. B) No aplicar condiciones de acceso diferentes a sus productos y servicios. a) Adquisición de productos con entrega física en la zona determinada por el comerciante. b) Servicios que se prestan por vía electrónica y no requieren entrega física. c) Servicios que no se prestan por vía electrónica y que el cliente recibe en un lugar físico. C) No aplicar condiciones discriminatorias por motivos relacionados con el pago. D) No permitir acuerdos sobre ventas pasivas que infrinjan la prohibición del bloqueo geográfico. 4. Interacción del Reglamento con las normas de Derecho internacional privado. III. El concepto de “actividades dirigidas al Estado miembro del domicilio o residencia habitual del consumidor”. 1. Planteamiento. 2. Doctrina del TJUE en esta materia. A) Las “actividades dirigidas a un Estado miembro” como criterio de atribución de competencia judicial internacional. B) Indicios objetivos identificados por el TJUE para considerar que el comerciante ha dirigido sus actividades al Estado miembro del domicilio del consumidor. a) Asunto *Pammer y Alpenhof*. b) Asunto *Mühlleitner*. c) Asunto *Emrek*. d) Asunto *Kampik*. IV. Análisis de los indicios identificados por el TJUE en su jurisprudencia a la luz del Reglamento sobre bloqueo geográfico injustificado. 1. El acceso a la interfaz del comerciante desde el Estado del domicilio del consumidor no constituye un indicio de que haya dirigido su actividad a ese país. 2. Coexistencia entre el acceso a la interfaz y la libertad del comerciante para excluir de la contratación a los clientes domiciliados en un Estado miembro. A) Carácter distintivo de las páginas web interactivas y pasivas. B) Distinción entre consumidores activos y pasivos. 3. Relevancia del lugar de entrega de los productos o servicios del comerciante para determinar si ha dirigido sus actividades al Estado del domicilio del consumidor. 4. El cumplimiento de los requisitos legales nacionales no contractuales del Estado miembro del cliente y su incidencia en el criterio de las “actividades dirigidas”. 5. ¿Cómo ha de interpretarse el hecho de que del Reglamento no conlleva para el comerciante ningún coste adicional asociado a la competencia judicial o a diferencias en el derecho aplicable?. V. Consideraciones finales.

## I. Introducción

1. En el año 2015, en el marco de la Estrategia para el Mercado Único Digital<sup>1</sup> y la Estrategia del Mercado Único<sup>2</sup>, la Comisión Europea presentó sendas propuestas de Directiva del Parlamento Europeo y del Consejo; la primera relativa a determinados aspectos de los contratos de suministro de contenidos digitales<sup>3</sup> y, la segunda, relativa a determinados aspectos de los contratos de compraventa en línea y otras ventas a distancia de bienes y su Propuesta modificada<sup>4</sup>. Recientemente, acaban de publicarse las

<sup>1</sup> Comunicación de la Comisión al Parlamento Europeo, al Consejo, al Comité Económico y Social Europeo y al Comité de las Regiones, Una Estrategia para el Mercado Único Digital de Europa, COM (2015) 192 final, de 6.05.2015.

<sup>2</sup> Comunicación de la Comisión al Parlamento Europeo, al Consejo, al Comité Económico y Social Europeo y al Comité de las Regiones, Mejorar el mercado único: más oportunidades para los ciudadanos y las empresas, COM (2015) 0550 final, de 28.10.2015.

<sup>3</sup> Propuesta de Directiva del Parlamento Europeo y del Consejo relativa a determinados aspectos de los contratos de suministro de contenidos digitales, COM (2015) 0634 final de 9.12.2015 (en adelante, Propuesta de Directiva sobre contenidos digitales).

<sup>4</sup> Propuesta de Directiva del Parlamento Europeo y del Consejo relativa a determinados aspectos de los contratos de compraventa en línea y otras ventas a distancia de bienes, COM (2015) 635 final, de 9.12.2015. Propuesta modificada de Directiva del Parlamento Europeo y del Consejo relativa a determinados aspectos de los contratos de compraventa de bienes, por la que se modifican el Reglamento (CE) n° 2006/2004 del Parlamento Europeo y del Consejo y la Directiva 2009/22/CE del Parlamento Europeo y del Consejo y se deroga la Directiva 1999/44/CE del Parlamento Europeo y del Consejo, COM (2017) 637 final, de 31.10.2017 (en adelante, Propuesta de Directiva sobre contratos de compraventa de bienes). Esta Directiva abarca un ámbito de aplicación más amplio que la Directiva 1999/44/CE del Parlamento Europeo y del Consejo, de 25 de mayo de 1999, sobre determinados aspectos de la venta y las garantías de los bienes de consumo (DOUE L 171 de 07.07.1999) a la que sustituirá, regulando tanto las ventas a distancia cuanto las presenciales.

mencionadas normas que tienen como objetivo armonizar la legislación de protección de los consumidores en los Estados miembros en los ámbitos que regulan. Se trata de la Directiva 2019/770, relativa a determinados aspectos de los contratos de suministro de contenidos y servicios digitales<sup>5</sup>, y la Directiva 2019/771, relativa a determinados aspectos de los contratos de compraventa de bienes<sup>6</sup>.

2. Como elemento común, ambos textos disponen que serán compatibles con las normas existentes en la Unión Europea sobre la competencia judicial internacional y la legislación aplicable en el Mercado Único Digital, que establecen un marco jurídico claro para comprar y vender en un mercado digital europeo teniendo en cuenta los intereses tanto de los consumidores cuanto de las empresas. En consecuencia, que no se requiere ningún cambio y que la entrada en vigor de las mismas no debe obstaculizar la aplicación de las normas de derecho internacional privado actualmente en vigor<sup>7</sup>.

Por consiguiente, a los contratos de suministro de contenidos digitales y de compraventa de bienes les serán de aplicación las mismas normas para determinar la competencia judicial internacional y la ley aplicable. Además, al tratarse de dos Directivas de armonización plena, con su aplicación se pretende garantizar un elevado nivel de protección de los consumidores y contribuir a la creación de un marco jurídico que beneficie el buen funcionamiento del mercado interior. Esto implica que los Estados no podrán adoptar o mantener leyes que no alcancen o que vayan más allá de los requisitos regulados en las citadas Directivas<sup>8</sup>, eliminando, así, los problemas que plantea la disparidad legislativa actualmente existente y el riesgo de *forum shopping*, con el fin de buscar la aplicación de la ley más favorable a los intereses del consumidor, que provoca la ausencia de unificación de estas normas.

3. Posteriormente, en el año 2016, la Comisión presentó una propuesta<sup>9</sup> que dio lugar al Reglamento sobre medidas destinadas a impedir el bloqueo geográfico injustificado y otras formas de discriminación por razón de la nacionalidad, del lugar de residencia o del lugar de establecimiento de los clientes en el mercado interior<sup>10</sup>, y que merece especial atención por lo que respecta a los contratos de suministro de contenidos digitales concluidos con consumidores.

En la misma línea que las dos propuestas de Directiva antes mencionadas, el Reglamento reconoce implícitamente que el marco jurídico existente en materia de derecho internacional privado debe ser suficiente, y sus disposiciones han de entenderse sin perjuicio del Derecho de la Unión relativo a la cooperación judicial en materia civil y, en particular, de las disposiciones sobre la ley aplicable a las obligaciones contractuales y sobre la competencia judicial internacional<sup>11</sup>.

---

<sup>5</sup> Directiva (UE) 2019/770 del Parlamento Europeo y del Consejo, de 20 de mayo de 2019, relativa a determinados aspectos de los contratos de suministro de contenidos y servicios digitales (Texto pertinente a efectos del EEE) (DOUE L 136, 22.5.2019).

<sup>6</sup> Directiva (UE) 2019/771 del Parlamento Europeo y del Consejo, de 20 de mayo de 2019, relativa a determinados aspectos de los contratos de compraventa de bienes, por la que se modifican el Reglamento (CE) n.º 2017/2394 y la Directiva 2009/22/CE y se deroga la Directiva 1999/44/CE (Texto pertinente a efectos del EEE) (DOUE L 136, 22.5.2019).

<sup>7</sup> *Vid.* los Considerandos 80 de la Directiva sobre contratos de suministro de contenidos y servicios digitales y 65 de la Directiva sobre contratos de compraventa. En ambos casos señalan que sus disposiciones deben aplicarse sin perjuicio de la aplicación de las normas de Derecho internacional privado.

<sup>8</sup> El artículo 4 de la Directiva sobre contratos de suministro de contenidos digitales dispone: *Los Estados miembros no podrán mantener o introducir disposiciones contrarias a las establecidas en la presente Directiva, en particular disposiciones más o menos estrictas para garantizar un nivel diferente de protección de los consumidores.* Prácticamente, la misma redacción que la incluida en el artículo 3 de la Directiva sobre los contratos de compraventa de bienes.

<sup>9</sup> Propuesta de Reglamento del Parlamento Europeo y del Consejo sobre medidas contra el bloqueo geográfico injustificado y otras formas de discriminación por razón de la nacionalidad o del lugar de residencia o de establecimiento de los clientes en el mercado interior y por el que se modifican el Reglamento (CE) n.º 2006/2004 y la Directiva 2009/22/CE. COM (2016) 289 final, de 25.05.2016, acompañado de los siguientes documentos de trabajo: SWD (2016) 173 final y SWD (2016) 174 final.

<sup>10</sup> Reglamento (UE) 2018/302 del Parlamento Europeo y del Consejo de 28 de febrero de 2018 sobre medidas destinadas a impedir el bloqueo geográfico injustificado y otras formas de discriminación por razón de la nacionalidad, del lugar de residencia o del lugar de establecimiento de los clientes en el mercado interior y por el que se modifican los Reglamentos (CE) n.º 2006/2004 y (UE) 2017/2394 y la Directiva 2009/22/CE, (DOUE L 60, de 2.03.2018) (en adelante, Reglamento sobre bloqueo geográfico).

<sup>11</sup> Considerando 13 del Reglamento sobre bloqueo geográfico.

4. Teóricamente, pues, las normas de conflicto existentes en el ámbito de la Unión Europea y, en particular, el Reglamento 1215/2012 del Parlamento Europeo y del Consejo<sup>12</sup>, y el Reglamento 593/2008 del Parlamento Europeo y del Consejo<sup>13</sup>, han de considerarse suficientes a la hora de solventar las cuestiones conflictuales que se planteen como consecuencia de la puesta en marcha del mercado único digital, ya sea para determinar la competencia judicial internacional o la ley aplicable en materia de contratos de suministro de contenidos digitales concluidos con consumidores<sup>14</sup>.

En este sentido, conviene recordar que el Reglamento Bruselas I *bis*, como excepción a la regla general del domicilio del demandado y a las competencias especiales en materia contractual<sup>15</sup>, establece un marco favorable al consumidor en los contratos celebrados *para un uso que pueda considerarse ajeno a su actividad profesional*, y prevé la competencia de los tribunales del domicilio del consumidor de forma voluntaria, cuando la demanda sea interpuesta por el consumidor, y de manera obligatoria cuando la demanda proceda de la otra parte contratante<sup>16</sup>. Para ello, la *conditio sine qua non* es que “... 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 incluido en el marco de dichas actividades”<sup>17</sup>.

Por su parte, en el ámbito de la ley aplicable, el Reglamento Roma I dispone que la ley aplicable a los contratos de consumo será la ley del país en que el consumidor tenga su residencia habitual siempre que se cumpla alguna de las condiciones que allí se establecen, a saber: que el profesional “a) ejerza sus actividades comerciales o profesionales en el país donde el consumidor tenga su residencia habitual, o b) por cualquier medio dirija estas actividades a ese país o a distintos países, incluido ese país, y el contrato estuviera comprendido en el ámbito de dichas actividades”<sup>18</sup>.

5. El objetivo de estas normas es proteger al consumidor como parte débil en sus relaciones con el empresario que dispone de mayores recursos económicos, teniendo en cuenta que la mayoría de los contratos en los que intervienen consumidores son contratos de adhesión donde no cabe la elección del foro o de la ley aplicable.

Y resulta evidente que ambas disposiciones están pensadas para aplicarse a los contratos de consumo *on line* pues, aunque en su redacción no se refiere explícitamente a la contratación *on line*, la condición de que el profesional dirija por cualquier medio su actividad al país en el que el consumidor tenga su residencia habitual resulta muy clarificadora al respecto. Nos encontramos, por tanto, ante el concepto de “actividades dirigidas a un país concreto” o la denominada “*International Stream-Of-Commerce Rule*” que persigue la conquista de ese mercado<sup>19</sup>.

<sup>12</sup> Reglamento 1215/2012 del Parlamento Europeo y del Consejo de 12 de diciembre de 2012 relativo a la competencia judicial, el reconocimiento y la ejecución de resoluciones judiciales en materia civil y mercantil (DOUE L 351, de 20.12.2012) (en adelante, Reglamento Bruselas I *bis*)

<sup>13</sup> Reglamento 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 4.07.2008) (en adelante, Reglamento Roma I).

<sup>14</sup> Considerando 49 de la Propuesta de Directiva sobre contenidos digitales.

<sup>15</sup> Artículos 4 y 7.1 del Reglamento Bruselas I *bis*.

<sup>16</sup> *Ibidem*, artículo 18, que dispone: 1. “La acción entablada por un consumidor contra la otra parte contratante podrá interponerse ante los órganos jurisdiccionales del Estado miembro en que 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.

2. La acción entablada contra el consumidor por la otra parte contratante solo podrá interponerse ante los órganos jurisdiccionales del Estado miembro en que esté domiciliado el consumidor...”

<sup>17</sup> *Ibidem*, artículo 17.1 c).

<sup>18</sup> Artículo 6.1 del Reglamento Roma I.

<sup>19</sup> Respecto a la doctrina del “*International Stream of Commerce*” o mercado de conquista, sus orígenes en el Derecho internacional privado norteamericano y su delimitación en la jurisprudencia de los tribunales americanos, *Vid.*, mi trabajo, 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*, vol. 4, n° 2, Octubre 2012, pp. 177-201. Por su parte, A. L. CALVO CARAVACA y J. CARRASCOSA GONZÁLEZ, (Dirs.), *Derecho internacional privado*, vol. II, 18ª ed., Comares, Granada, 2018, pp. 1123-1124, distinguen entre la *Stream-Of-Commerce Rule*, cuando la empresa dirige sus actividades al país del consumidor, y la *Doing Business Rule*, que implica que la empresa ya opera habitualmente en ese territorio.



6. Precisamente, el Reglamento sobre bloqueo geográfico injustificado incorpora en su texto un apartado cuya interpretación puede resultar algo confusa respecto al concepto de “actividades dirigidas” y el alcance que puede tener tanto desde la perspectiva del comerciante o prestador de servicios cuanto del consumidor en los contratos de suministro de contenidos digitales, especialmente a la luz de lo dispuesto en los Reglamentos Bruselas I *bis* y Roma I y de la jurisprudencia del TJUE en esta materia, de manera que se pueden plantear algunas cuestiones controvertidas que son objeto de estudio y análisis en el presente trabajo.

## II. El Reglamento sobre bloqueo geográfico injustificado

### 1. Planteamiento

7. Con el incremento exponencial de las transacciones transfronterizas que se ha venido produciendo de un tiempo a esta parte, propiciado por el uso cada vez más generalizado de las nuevas tecnologías de la información y, en particular, de internet que ha cambiado la forma en que sus usuarios se conectan y efectúan sus transacciones comerciales, algunos comerciantes y prestadores de servicios han ido adoptando medidas restrictivas que discriminan al consumidor en función de su lugar de residencia o nacionalidad.

Uno de los métodos que han venido utilizando es el bloqueo geográfico con el objetivo de impedir que sus interfaces en línea pudiesen ser accesibles a empresas y consumidores de determinados Estados o zonas geográficas con los que no deseaban contratar. Junto a esta práctica que, de acuerdo con los datos obrantes, resulta ampliamente utilizada en la Unión Europea<sup>20</sup>, existe otra no menos extendida que consiste en redirigir a los usuarios que acceden a una *web* localizada en un Estado miembro a otra ubicada en el Estado miembro de su residencia habitual.

Sin lugar a dudas, estas actuaciones fragmentan los mercados en función del lugar de residencia de los clientes y pueden representar una barrera al crecimiento y desarrollo del comercio electrónico y, por extensión, del mercado único digital.

8. Estas prácticas tratan de justificarse por las disparidades existentes en las legislaciones nacionales en materias tan sensibles como la fiscal o la protección del consumidor y, por ende, en la incertidumbre e inseguridad jurídica que plantea la posible aplicación de una legislación extranjera cuando se trata de contratos celebrados en el ámbito del *B2C*<sup>21</sup>. Y por ello, los comerciantes, conscientes de que dirigir su actividad a todos los Estados miembros en las mismas condiciones cuando no existe un marco legal uniforme podría perjudicar sus intereses, en determinadas ocasiones aplican condiciones diferentes en sus contratos adaptándolos a cada mercado y excluyendo algunos territorios de su ámbito de actividad.

### 2. Objetivos y ámbito de aplicación del Reglamento

9. Con el objetivo de regular esta práctica, el Parlamento Europeo y el Consejo adoptaron el Reglamento sobre bloqueo geográfico injustificado que es de aplicación desde el 3 de diciembre de 2018. Se trata de un instrumento que forma parte del paquete de medidas adoptado por la Unión Europea en el marco de la Estrategia para el Mercado Único Digital y que viene a complementar el ámbito de aplicación de la Directiva 2006/123 relativa a los servicios en el mercado interior<sup>22</sup>, contribuyendo a clarificar aquellas situaciones en las que no puede justificarse un trato diferente por razón de la nacionalidad, del

<sup>20</sup> *Vid.*, el documento de la Comisión Europea “Preguntas y respuestas relativas al Reglamento sobre bloqueo geográfico en el contexto del comercio electrónico”, 2018, disponible en <https://ec.europa.eu/digital-single-market/en/news/geo-blocking-regulation-questions-and-answers>.

<sup>21</sup> *Vid.*, documento SWD (2016) 173 final, de 25.05.2016, Commission staff working document, Impact assessment, Accompanying the document proposal for a Regulation of the European Parliament and of the Council on addressing geo-blocking and other forms of discrimination based on place of residence or establishment or nationality within the Single Market, apartado 2.3, p. 15.

<sup>22</sup> Directiva 2006/123/CE del Parlamento Europeo y del Consejo de 12 de diciembre de 2006 relativa a los servicios en el mercado interior (DOUE L 376, de 27.12.2006) (en adelante, la Directiva relativa a los servicios en el mercado interior).

lugar de residencia o del lugar de establecimiento, tal y como señala la mencionada Directiva<sup>23</sup>. De cualquier modo, hay que tener en cuenta que en caso de conflicto de las disposiciones del Reglamento con las de la mencionada Directiva prevalecerá el primero.

**10.** El Reglamento se encuentra directamente relacionado con los contratos de suministro de contenidos digitales y de compraventa de bienes y su objetivo principal es contribuir a mejorar el funcionamiento del mercado interior. Para ello, pretende poner fin al bloqueo geográfico injustificado y otras formas de discriminación basadas, directa o indirectamente, en la nacionalidad<sup>24</sup>, el lugar de residencia o el lugar de establecimiento de los clientes<sup>25</sup>, siempre que no se encuentren justificadas objetivamente<sup>26</sup>. Todo ello, sin perjuicio del respeto a la libertad contractual de las empresas para desarrollar sus actividades comerciales, incluida la libertad para organizar su política comercial, que forman parte de los derechos fundamentales reconocidos tanto por el Derecho de la Unión Europea<sup>27</sup> cuanto por los distintos derechos nacionales<sup>28</sup> tal y como ha sido reconocido en la jurisprudencia del TJUE<sup>29</sup>. Consecuentemente, la libertad contractual debe permitir al comerciante ofrecer sus servicios en aquellos Estados que considere oportunos y restringir la contratación con determinados consumidores, salvo que la misma pueda quedar limitada por razones justificadas –ya sea por discriminación por motivos de raza, sexo...–, o porque de no hacerlo se pondrían en peligro necesidades básicas de la población<sup>30</sup>.

**11.** Su ámbito de aplicación, que alcanza a todos los Estados parte en elEEE, se circunscribe a situaciones transfronterizas donde intervienen elementos conectados con distintos ordenamientos jurídicos –nacionalidad o lugar de residencia del consumidor, lugar de establecimiento del comerciante, lugar de ejecución del contrato, medios de pago utilizados...– no siendo de aplicación a situaciones puramente internas de un Estado miembro<sup>31</sup>. De esta suerte, todo profesional –comerciante o prestador de servicios que desarrolle su actividad en el mercado de la Unión Europea–<sup>32</sup> viene obligado a cumplir

<sup>23</sup> El artículo 20.2 de la Directiva relativa a los servicios en el mercado interior dispone: “1. Los Estados miembros harán lo necesario para que el destinatario no se vea sujeto a requisitos discriminatorios basados en su nacionalidad o en su lugar de residencia. 2. Los Estados miembros harán lo necesario para que las condiciones generales de acceso a un servicio que el prestador ponga a disposición del público no contengan condiciones discriminatorias basadas en la nacionalidad o el lugar de residencia del destinatario, sin que ello menoscabe la posibilidad de establecer diferencias en las condiciones de acceso directamente justificadas por criterios objetivos”.

<sup>24</sup> La prohibición de discriminación por motivos de nacionalidad es un principio general del Derecho de la Unión. *Vid.*, al respecto, los artículos 18 del TFUE y 21.2 de la Carta de los Derechos Fundamentales de la Unión Europea.

<sup>25</sup> Artículo 1.1 y Considerando 4 del Reglamento sobre bloqueo geográfico.

<sup>26</sup> El documento de la Comisión “Preguntas y respuestas ...”, *doc. cit.*, apartado 2.1.1, p. 10, señala: “Las justificaciones objetivas se pueden relacionar ... con la ausencia de los derechos de propiedad intelectual exigidos en un territorio concreto, los costes adicionales ocasionados por la distancia o las características técnicas de la prestación, o las diferencias en las condiciones del mercado, como una demanda más o menos elevada influenciada por la temporalidad, los diferentes períodos vacacionales de los Estados miembros o las distintas políticas de precios por parte de los competidores”. *Vid.*, en el mismo sentido, el Considerando 95 de la Directiva relativa a los servicios en el mercado interior, donde se relacionan una serie de actuaciones que podrían justificar la diferencia de trato.

<sup>27</sup> El artículo 16 de la Carta de los Derechos fundamentales de la Unión Europea reconoce la libertad de empresa y dispone: “Se reconoce la libertad de empresa de conformidad con el Derecho comunitario y con las legislaciones y prácticas nacionales”. *Vid.*, <https://eur-lex.europa.eu/legal-content/ES/TXT/?uri=LEGISSUM%3A133501>

<sup>28</sup> *Vid.*, al respecto el estudio del Parlamento Europeo, “Discrimination of the Consumers in the Digital Single Market”, Directorate-General for Internal Policies, November 2013, p. 29, disponible en [www.europarl.europa.eu/...consumers /discrim\\_consumers\\_en.pdf](http://www.europarl.europa.eu/...consumers /discrim_consumers_en.pdf).

<sup>29</sup> *Vid.*, las Sentencias del TJUE, de 16 de enero de 1979, asunto C-151/78, *Nyköbing*, Rec. 1979, pag. 00001, par. 20; de 5 de octubre de 1999, asunto C-240/97 *Spain c. Commission*, Rec. 1999, pag. I-6571, par. 99; de 13 de diciembre de 1979, asunto C-44/79, *Hauer*, Rec. 1979, p. 03727, par. 31 a 33; de 11 de julio de 1989, asunto C-265/87, *Schraeder*, Rec. 1989, p. 02237, par. 15; y de 10 de julio de 1991, asuntos C-90/90 y C-91/90, *Neu*, Rec. 1991, pag. I-03617, par. 13.

<sup>30</sup> *Vid.*, el estudio del Parlamento Europeo, “Discrimination of the Consumers...”, *doc. cit.*, p. 30. En el mismo sentido, se manifiesta el documento de la Comisión “Preguntas y respuestas...”, *doc. cit.*, ap. 2.3.1, p. 21 al señalar que el Reglamento no impone a los comerciantes la obligación de vender pero sí la de no discriminar.

<sup>31</sup> Considerando 7 del Reglamento sobre bloqueo geográfico.

<sup>32</sup> *Ibidem*, artículo 2, apartado 18, que define al comerciante como “... toda persona física o jurídica, ya sea privada o pública, que actúe, incluso a través de otra persona que actúe en su nombre o a su cargo, con fines relacionados con su actividad comercial, negocio, oficio o profesión”.

con las disposiciones de este Reglamento, siendo indiferente que se encuentre domiciliado en un Estado miembro o en un tercer Estado<sup>33</sup>. Se garantiza, de esta forma, una competencia leal y en pie de igualdad para todos los operadores que actúen en el ámbito territorial del Reglamento.

A su vez, esta norma otorga protección a los clientes, ya se trate de consumidores –nacionales de un Estado miembro o nacionales de terceros Estados con residencia habitual en un Estado miembro–, o de empresas –que tengan su establecimiento en un Estado miembro– siempre que adquieran un producto o reciban un servicio en el territorio de la Unión Europea en el que residen o se encuentran temporalmente, para su uso final<sup>34</sup>.

Por otra parte, si bien el Reglamento no se aplica a las actividades excluidas del ámbito de aplicación de la Directiva relativa a los servicios en el mercado interior<sup>35</sup> –por ejemplo, los servicios en el ámbito del transporte, los servicios financieros, los servicios audiovisuales o los relacionados con el sector del juego–, su contenido resulta de gran relevancia ya que puede afectar, de una parte, a la protección de los derechos del consumidor y, de otra, de los comerciantes, especialmente las pequeñas y medianas empresas.

En fin, el Reglamento se aplica tanto a las ventas *on line* cuanto *off line*, por lo que abarca, igualmente, aquellas transacciones que se realicen a través de lo que se denominan canales integrados (multicanal).

### 3. Obligaciones que impone el Reglamento a los comerciantes

12. Para poner fin al bloqueo geográfico injustificado y otras formas de discriminación, el Reglamento impone las siguientes obligaciones a los comerciantes y prestadores de servicios que, a su vez, se traducen en derechos para los consumidores.

#### A) Permitir el acceso a sus interfaces en línea

13. Desde la entrada en vigor de esta norma, los comerciantes no pueden bloquear o limitar el acceso de los clientes a sus interfaces en línea<sup>36</sup> en las distintas versiones lingüísticas en que se encuentren redactadas. En la práctica, pues, los comerciantes han de diseñar y adaptar sus interfaces en línea para que técnicamente puedan ser accesibles y permitan contratar fácilmente a los clientes domiciliados en otros Estados miembro. Queda prohibido, de este modo, el bloqueo geográfico injustificado y otras formas de discriminación basadas en la nacionalidad, el lugar de residencia o de establecimiento de los clientes<sup>37</sup>, ya sea mediante el uso de medidas tecnológicas o de otro tipo.

14. Tampoco podrán los comerciantes redirigir a los clientes a una versión de su interfaz en línea diferente de aquella a la que accedieron inicialmente, salvo que medie su consentimiento expreso<sup>38</sup>. Este consentimiento, una vez otorgado, será válido para las sucesivas visitas del cliente a la misma interfaz en línea, pero podrá ser retirado en cualquier momento<sup>39</sup>. El Reglamento, sin embargo, guarda silencio sobre la forma en que el comerciante puede almacenar el consentimiento que el cliente otorgue a esa

<sup>33</sup> Artículo 18.1 del Reglamento Bruselas I *bis*. *Vid.*, en este sentido, las Sentencias del TJUE de 19 de enero de 1993, asunto C-89/91, *Hutton*, Rec. 1993, p. I-00139; de 14 de noviembre de 2013, asunto C478/12, *Maletic*, ECLI:EU:C:2013:735; y de 28 de enero de 2015, asunto C-375/13, *Kolassa*, ECLI:EU:C:2015:37.

<sup>34</sup> Artículo 2, apartado 13, del Reglamento sobre bloqueo geográfico y artículo 2, apartado 12, donde se define al consumidor como “*toda persona física que actúe con fines ajenos a su actividad comercial, negocio, oficio o profesión*”.

<sup>35</sup> *Ibidem*, artículo 1.3, en el que excluye de su ámbito de aplicación las actividades mencionadas en el artículo 2.2 de la Directiva relativa a los servicios en el mercado interior.

<sup>36</sup> *Ibidem*, artículo 1, apartado 16, que define “*interfaz en línea*” como “*cualquier tipo de programa informático, incluidos los sitios web o parte de ellos y las aplicaciones, incluidas las aplicaciones móviles, utilizado por un comerciante o en nombre de este, que sirva para dar a los clientes acceso a los productos o servicios del comerciante con vistas a iniciar una operación con respecto a dichos productos o servicios*”.

<sup>37</sup> *Ibidem*, artículo 3.1.

<sup>38</sup> *Ibidem*, artículo 3.2

<sup>39</sup> *Ibidem*, en su Considerando 20. *Vid.*, igualmente, el documento de la Comisión “*Preguntas y respuestas ...*”, *doc. cit.*, apartado 2.2.3, p. 19.

redirección con el fin de recordarlo en futuros accesos a su interfaz en línea. En este contexto, habrá que considerar el uso de *cookies* para esa función<sup>40</sup> teniendo en cuenta que el Reglamento dispone que en caso de redirección con el consentimiento expreso del cliente el posterior acceso a esa interfaz ha de ser fácilmente accesible para el cliente<sup>41</sup>.

**15.** *Sensu contrario*, los comerciantes pueden ofertar sus productos o servicios en diferentes territorios o, únicamente, a determinados grupos de clientes a través de ofertas específicas y condiciones generales de acceso diferentes a las que ofrece en otros Estados miembros. Para ello, podrán confeccionar diferentes interfaces en línea adaptadas a cada territorio o grupo de clientes. La *conditio sine qua non* para poder hacerlo será que el trato a los clientes no sea discriminatorio por motivos relacionados con la nacionalidad, el lugar de residencia o el de establecimiento del cliente.

Además, los comerciantes podrán aplicar condiciones de acceso diferentes por motivos no relacionados con la nacionalidad, el lugar de residencia o el de establecimiento del cliente; este podría ser el caso de la pertenencia de los clientes a una determinada asociación o por las contribuciones que han realizado al comerciante<sup>42</sup>.

**16.** Todo esto ha de entenderse sin perjuicio de la aplicación del bloqueo geográfico o la limitación de acceso o redirección, que será posible cuando estas acciones estén justificadas por la aplicación del Derecho de la Unión Europea o la legislación de un Estado miembro conforme al Derecho de la Unión al que las actividades del comerciante estén sujetas. En esos casos, el comerciante ha de explicar claramente las razones del bloqueo, de la limitación de acceso o de la redirección en el idioma de la interfaz en línea a la que el cliente ha tratado de acceder<sup>43</sup>, por ejemplo, indicando la disposición legal de que se trata o, simplemente, que el bloqueo responde a motivos de protección de los derechos de autor, de normas específicas de protección de la seguridad, ...

## **B) No aplicar condiciones de acceso diferentes a sus productos y servicios**

**17.** En relación a las condiciones generales de acceso a los productos y servicios<sup>44</sup>, el Reglamento no permite que el comerciante aplique condiciones diferentes por motivos relacionados con la nacionalidad, el lugar de residencia o de establecimiento del cliente<sup>45</sup>.

**18.** Empero, esta prohibición no será óbice para que los comerciantes puedan ofrecer condiciones de acceso diferentes a sus productos, dependiendo del Estado miembro al que se dirijan o incluso dentro de un Estado miembro, y que se ofrezcan a los clientes de un determinado territorio o a grupos específicos de clientes siempre que sea de forma no discriminatoria<sup>46</sup>. De esta manera, el comerciante podría variar los precios de sus productos dependiendo del territorio al que se dirija.

Pensemos en un consumidor domiciliado en España que desea adquirir un producto y accede a la interfaz en línea francesa de una empresa localizada en Francia en lugar de hacerlo a su interfaz española. El motivo: porque el cliente español ha descubierto que la web francesa ofrece mejores condiciones económicas para el producto que busca. Como he señalado anteriormente, la prohibición de discriminación en relación al acceso a la interfaz del comerciante no implica que éste no pueda establecer condiciones de acceso diferentes, por ejemplo, en los precios de sus productos. Por este motivo, el consumidor español que decide adquirirlo a través de la web francesa lo hará en las mismas condiciones que un consumidor

<sup>40</sup> Ibidem, apartado 2.2.7, p. 20.

<sup>41</sup> Artículo 3.2 del Reglamento sobre bloqueo geográfico.

<sup>42</sup> Ibidem, en su Considerando 27.

<sup>43</sup> Ibidem, artículo 3.3 y Considerandos 21 y 31.

<sup>44</sup> Ibidem, en su artículo 2.14, donde define las condiciones generales de acceso como “*todas las condiciones y otros datos, como los precios netos de venta, que regulen el acceso de los clientes a los productos o servicios ofrecidos a la venta por un comerciante, que se establezcan, se apliquen y se pongan a disposición del público en general por parte del comerciante o en su nombre y que se apliquen a falta de un acuerdo negociado individualmente entre el comerciante y el cliente*”.

<sup>45</sup> Ibidem, artículo 4.1.

<sup>46</sup> Ibidem, artículo 4.2.

francés domiciliado en Francia. Consecuentemente, la web francesa tiene que ser accesible desde el territorio español en virtud de la aplicación del Reglamento salvo que su bloqueo estuviese justificado por motivos legales. Y el consumidor español tampoco podrá ser redirigido a la versión española de la interfaz francesa que originariamente visitó salvo que mediase su consentimiento expreso.

19. Del mismo modo, la observancia de esta prohibición tampoco supone que el comerciante deba cumplir los requisitos legales nacionales no contractuales aplicables en el Estado miembro del domicilio del cliente en relación con los productos y servicios que ofrece, o de informar a la clientela sobre estos requisitos<sup>47</sup>, tal y como desarrollaré más adelante.

20. En fin, cuando el Derecho de la Unión Europea o la legislación de un Estado miembro de conformidad con el Derecho de la Unión impida a un comerciante vender o prestar servicios a determinados clientes o a clientes situados en un determinado territorio, resulta evidente que la aplicación de la prohibición de discriminación en relación al acceso a productos y servicios que el Reglamento establece queda fuera de lugar<sup>48</sup>.

Así pues, en relación a las condiciones de acceso a los productos y servicios, el Reglamento contempla y regula las siguientes situaciones:

#### **a) Adquisición de productos con entrega física en la zona determinada por el comerciante**

21. Cuando se trate de la adquisición de productos por vía electrónica que comprendan su entrega física, el Reglamento obliga al comerciante a no establecer condiciones diferentes por motivos relacionados con la nacionalidad o con el lugar de residencia o establecimiento del cliente. Esto significa que ha de permitir que los clientes adquieran el producto en las mismas condiciones que los residentes del Estado miembro en el que el comerciante ofrece los servicios de entrega.

No obstante, el Reglamento permite al comerciante designar el lugar en el que va a ofrecer el servicio de entrega o bien acordarlo con el cliente de conformidad con las condiciones generales de acceso<sup>49</sup>. Dicho de otro modo, el comerciante no está obligado a entregar los productos en el Estado miembro del domicilio del cliente si en las condiciones generales de acceso el mencionado territorio no está comprendido entre los lugares de entrega. En estos casos, el consumidor que ha celebrado un contrato por vía electrónica, mediante el acceso a la interfaz del comerciante desde el Estado miembro en el que se encuentra domiciliado, tendrá que organizar la recogida del producto en un Estado miembro diferente al de su domicilio.

Así, por ejemplo, cuando la web de un comerciante francés no ofrezca la posibilidad de entregar sus productos en España pero sí en territorio francés y portugués, los consumidores españoles o domiciliados en España podrán contratar a través de la interfaz francesa o su versión española pero tendrán que desplazarse a los lugares designados por el comerciante –Francia o Portugal– para recoger el producto, ya que la obligación que el Reglamento impone a los comerciantes se limita a permitir el acceso a su interfaz y a poder adquirir sus productos pero no les obliga a entregar los mismos fuera de los territorios designados al efecto. En definitiva, el comerciante francés podrá excluir el territorio español del ámbito geográfico de entrega de sus productos pero no que los consumidores españoles o domiciliados en España puedan acceder a su interfaz en línea, solicitar sus productos o servicios desde el territorio español y, posteriormente, recoger los mismos en el lugar donde ofrece sus servicios de entrega.

#### **b) Servicios que se prestan por vía electrónica y no requieren entrega física**

22. Igualmente, el Reglamento dispone que los comerciantes no pueden aplicar condiciones generales de acceso discriminatorias a los servicios que se prestan por vía electrónica<sup>50</sup>. Estos servicios

<sup>47</sup> *Ibidem*, artículo 4.3.

<sup>48</sup> *Ibidem*, artículo 4.5.

<sup>49</sup> *Ibidem*, artículo 4.1 a) y Considerandos 23 y 28.

<sup>50</sup> *Ibidem*, en su artículo 2, apartado 1, que define los servicios prestados por vía electrónica como “*los servicios prestados*

pueden incluir: los servicios en la nube, los servicios de almacenamiento de datos, el alojamiento de sitios web y la provisión de cortafuegos, el uso de motores de búsqueda y directorios de internet, el suministro de sitios web, el mantenimiento a distancia de programas y equipos, y la administración de sistemas remotos<sup>51</sup>. De esta manera, los clientes han de poder acceder a estos servicios en las mismas condiciones que lo hacen los clientes locales del Estado en el que se encuentre establecido el prestador del servicio.

**23.** Ahora bien, cuando se trate de recibir servicios en línea “*cuya característica principal sea proporcionar acceso a obras protegidas por derechos de autor o a otras prestaciones protegidas, y permitir su utilización, incluida la venta de obras protegidas por derechos de autor o a otras prestaciones protegidas que no tengan soporte material*”<sup>52</sup>, y no requieran entrega física, por ejemplo, libros electrónicos, videojuegos en línea, transmisión de música y *software*, no se aplicará la prohibición de discriminación prevista en el Reglamento, ya que el mismo hace compatible la prohibición de establecer condiciones discriminatorias de acceso a sus productos y servicios con el hecho de que el comerciante pueda ofrecer condiciones de acceso diferentes dependiendo del Estado miembro o del grupo de clientes de que se trate, siempre que no se haga de forma discriminatoria<sup>53</sup>.

Sin embargo, la prestación de servicios de contenido no audiovisual protegidos por derechos de autor queda sujeta al resto de disposiciones del Reglamento. Esto significa que los proveedores de servicios no pueden bloquear o limitar el acceso a sus interfaces en línea por razón de la nacionalidad, del lugar de residencia o del lugar de establecimiento de los clientes<sup>54</sup>.

### **c) Servicios que no se prestan por vía electrónica y que el cliente recibe en un lugar físico**

**24.** Por su parte, cuando se contraten por vía electrónica servicios que no se prestan por vía electrónica sino de forma presencial en el Estado miembro en el que el comerciante desarrolla su actividad, por lo tanto, en un lugar físico diferente al lugar del domicilio o residencia habitual del cliente (verbigracia, la contratación con hoteles, restaurantes, empresas de alquiler de vehículos...), serán de aplicación los mismos requisitos señalados anteriormente, a saber: i) la no discriminación por razón de la nacionalidad, el lugar de residencia o el lugar de establecimiento del cliente; ii) la posibilidad de establecer condiciones generales que difieran entre Estados miembros o entre clientes de un determinado territorio y; iii) la no sujeción del comerciante a los requisitos legales no contractuales del Estado miembro del domicilio o residencia habitual del cliente<sup>55</sup>.

De tal forma que cuando una consumidora española desee reservar un hotel en Roma podrá acceder desde España a la web del mencionado hotel a través de su interfaz italiana sin que pueda ser discriminada al efecto, sino que será tratada en condiciones equivalentes a una consumidora italiana domiciliada en Italia; y tampoco podrá ser redirigida a la web española del mencionado hotel si no consta su consentimiento expreso. Actuando así, la consumidora española evitaría la aplicación de las condiciones generales que ofrece la web española, que podrían ser diferentes y menos ventajosas que las ofrecidas por la web italiana al amparo de lo dispuesto en el Reglamento que permite a los comerciantes ofrecer condiciones de venta diferentes, por ejemplo, el precio del producto, a los clientes de un determinado territorio o a un grupo específico de clientes siempre que lo haga de forma no discriminatoria<sup>56</sup>.

---

*a través de internet o de una red electrónica que, por su naturaleza, se presten de manera básicamente automatizada y con una intervención humana mínima, y sin que se puedan garantizar a falta de tecnología de la información”.*

<sup>51</sup> *Ibidem*, Considerando 24. *Vid.*, igualmente, el Documento de la Comisión “Preguntas y respuestas...”, *doc. cit.*, apartado. 2.1.16, pag. 16.

<sup>52</sup> *Ibidem*, artículo 4.1 b) y Considerando 27.

<sup>53</sup> Precisamente, el informe sobre la primera evaluación del Reglamento que presente la Comisión, a más tardar el 23 de marzo de 2020, examinará si debe ampliarse el ámbito de aplicación a estos servicios. *Vid.*, el artículo 9 y el Considerando 37 del Reglamento sobre el bloqueo geográfico.

<sup>54</sup> *Vid.*, el Documento de la Comisión, “Preguntas y respuestas, ...”, *doc. cit.*, ap. 2.1.18, p. 17.

<sup>55</sup> Artículo 4.1 c) y Considerando 25 del Reglamento sobre bloqueo geográfico.

<sup>56</sup> *Ibidem*, artículo 4.2 y Considerando 27.

### C. No aplicar condiciones discriminatorias por motivos relacionados con el pago

25. Otra de las cuestiones que regula el Reglamento es la prohibición de discriminación relacionada con los medios de pago. En la práctica, esto supone que cuando concurren las siguientes condiciones:

- i) que la operación de pago se efectúe a través de una transacción electrónica, ya sea mediante transferencia, adeudo domiciliado o tarjeta;
- ii) que se cumplan los requisitos de autenticación previstos en la Directiva 2015/2366<sup>57</sup>; y
- iii) que las operaciones de pago se efectúen en una moneda que sea aceptada por el comerciante,

Los comerciantes no podrán rechazar determinadas transacciones comerciales o aplicar condiciones diferentes de pago por motivos relacionados con la nacionalidad, con el lugar de residencia o el lugar de establecimiento del cliente, con la ubicación de la cuenta de pago, con el lugar de establecimiento del proveedor de servicios de pago o con el lugar de emisión del instrumento de pago en la Unión Europea<sup>58</sup>.

26. Esto no significa que los comerciantes no puedan elegir libremente los medios de pago que deseen aceptar en las transacciones con sus clientes. Al contrario, gozan de plena libertad para determinar en sus interfaces en línea los medios de pago que admiten en sus transacciones comerciales siempre que lo hagan de modo no discriminatorio.

Ahora bien, una vez elegido el instrumento de pago basado en una tarjeta de una marca y una categoría de pago determinadas –tarjetas de débito, de crédito, personales o comerciales–, conforme a la libertad que le otorga el Derecho de la Unión Europea<sup>59</sup> y rechazado el resto, los comerciantes no pueden aplicar condiciones discriminatorias, ya sea rechazando determinadas transacciones o aplicando condiciones de pago diferentes a esas transacciones.

Empero, un comerciante que utilice servicios de iniciación de pagos tal y como se definen en la Directiva (UE) 2015/2366 no estará obligado a aceptar el pago si ello implica celebrar un nuevo contrato o modificar uno existente con un proveedor de servicios de iniciación de pago<sup>60</sup>.

27. Dicho esto, hay que advertir que esta prohibición de no discriminación por motivos relacionados con el pago no obsta para que, en casos justificados por razones objetivas, el comerciante pueda:

- i) aplazar la entrega de los productos o la prestación del servicio hasta que tenga constancia de que la operación de pago se ha iniciado correctamente cuando se trate de casos justificados por razones objetivas<sup>61</sup>; o
- ii) reclamar el abono de gastos por la utilización de instrumentos de pago basados en tarjetas cuando estos sean superiores a los que soporta por el uso del mencionado medio de pago<sup>62</sup>.

### D. No permitir acuerdos sobre ventas pasivas que infrinjan la prohibición del bloqueo geográfico

28. Con el fin de garantizar la no injerencia del Reglamento en las normas de libre competencia previstas en el TFUE<sup>63</sup>, esta norma declara nulos de pleno derecho aquellos acuerdos que impongan a los

<sup>57</sup> *Vid.*, al respecto, los requisitos para la prueba de la autenticación y ejecución de las operaciones de pago que impone la Directiva (UE) 2015/2366 del Parlamento Europeo y del Consejo de 25 de noviembre de 2015 sobre servicios de pago en el mercado interior y por la que se modifican las Directivas 2002/65/CE, 2009/110/CE y 2013/36/UE y el Reglamento (UE) n° 1093/2010 y se deroga la Directiva 2007/64/CE (Texto pertinente a efectos del EEE) (DOUE L 337, de 23.12.2015), en su artículo 72.

<sup>58</sup> Artículo 5.1 del Reglamento sobre bloqueo geográfico.

<sup>59</sup> *Vid.*, el Reglamento (UE) 2015/751 del Parlamento Europeo y del Consejo, de 29 de abril de 2015, sobre las tasas de intercambio aplicadas a las operaciones de pago con tarjeta (DO L 123 de 19.5.2015), y la Directiva (UE) 2015/2366 del Parlamento Europeo y del Consejo, de 25 de noviembre de 2015, sobre servicios de pago en el mercado interior y por la que se modifican las Directivas 2002/65/CE, 2009/110/CE y 2013/36/UE y el Reglamento (UE) n° 1093/2010 y se deroga la Directiva 2007/64/CE (DO L 337 de 23.12.2015, p. 35).

<sup>60</sup> Considerando 32 del Reglamento sobre bloqueo geográfico.

<sup>61</sup> *Ibidem*, artículo 5.2.

<sup>62</sup> *Ibidem*, artículo 5.3.

<sup>63</sup> *Vid.*, al respecto, los artículos 101 y 102 del TFUE.

comerciantes, con respecto a las ventas pasivas, la obligación de actuar incumpliendo las prohibiciones que establece el propio Reglamento<sup>64</sup>.

A modo de ejemplo, como disposiciones de esos acuerdos que deberían declararse nulas, el Reglamento señala las “... *restricciones contractuales que impiden a un comerciante atender a solicitudes espontáneas de clientes individuales en relación con la venta de productos, sin entrega, fuera del territorio asignado contractualmente por motivos relacionados con la nacionalidad, el lugar de residencia o el lugar de establecimiento del cliente*”<sup>65</sup>.

Así las cosas, los comerciantes no podrán tratar de forma discriminatoria a los clientes de otros Estados miembros, ya sea negándose a darles acceso a sus productos o servicios o incumpliendo cualesquiera de las obligaciones que impone el Reglamento, por el hecho de haberlo incluido así en los contratos con sus proveedores. Consecuentemente, en las ventas pasivas los comerciantes han de tener libertad para atender las solicitudes de los clientes pero sin discriminarlos por razón de su nacionalidad o lugar de residencia.

**29.** *Sensu contrario*, habrá que entender que el Reglamento no afecta a los acuerdos que puedan restringir las ventas activas, es decir, aquellas en las que el comerciante se aproxima o dirige activamente a los clientes individuales, en el sentido de lo dispuesto en el Reglamento 330/2010 de exención por categorías para acuerdos verticales, cuando existan acuerdos de distribución exclusiva que se ajusten a las normas de competencia, acuerdos que en ningún caso podrán incluir la prohibición de acceso de los clientes a la interfaz en línea del comerciante<sup>66</sup>.

#### 4. Interacción del Reglamento con las normas de Derecho internacional privado

**30.** Como he señalado anteriormente, el Reglamento reconoce implícitamente que el marco jurídico existente en materia de derecho internacional privado debe ser suficiente y sus disposiciones han de entenderse sin perjuicio del Derecho de la Unión relativo a la cooperación judicial en materia civil y, en particular, de las disposiciones sobre la ley aplicable a las obligaciones contractuales y sobre la competencia judicial internacional<sup>67</sup>.

**31.** A pesar de ello, al definir su objeto y ámbito de aplicación, se refiere al concepto de “actividad dirigida” al Estado del domicilio o residencia habitual del consumidor, requisito cuyo cumplimiento imponen tanto el Reglamento Bruselas I *bis*<sup>68</sup> cuanto el Reglamento Roma I<sup>69</sup> para que el consumidor pueda demandar a la otra parte contratante ante los tribunales de su domicilio y resulte de aplicación la ley de su Estado.

Y lo hace en los siguientes términos:

“... *Del cumplimiento del presente Reglamento no se derivará que un comerciante dirige sus actividades al Estado miembro de residencia habitual o domicilio del consumidor en el sentido del artículo 6, apartado 1, letra b), del Reglamento (CE) n° 593/2008 y del artículo 17, apartado 1, letra c), del Reglamento (UE) n° 1215/2012. En particular, cuando un comerciante, que actúa de conformidad con los artículos 3, 4 y 5 del presente Reglamento, no bloquea ni limita el acceso de los consumidores a su interfaz en línea, no redirige a los consumidores a una versión de su interfaz en línea basada en la nacio-*

<sup>64</sup> Artículo 6 del Reglamento sobre bloqueo geográfico, que se refiere al incumplimiento de las prohibiciones establecidas en los artículos 3, 4 y 5. Con respecto a las ventas pasivas, *Vid.*, el Reglamento (UE) n° 330/2010 de la Comisión de 20 de abril de 2010 relativo a la aplicación del artículo 101, apartado 3, del Tratado de Funcionamiento de la Unión Europea a determinadas categorías de acuerdos verticales y prácticas concertadas concertadas (Texto pertinente a efectos del EEE) (DOUE L 102, de 23.4.2010), en particular, el artículo 4.

<sup>65</sup> Considerando 34 del Reglamento sobre bloqueo geográfico.

<sup>66</sup> *Vid.*, el documento de la Comisión “Preguntas y respuestas...”, doc. cit., apartado 2.5, p. 33.

<sup>67</sup> Considerando 13 del Reglamento sobre bloqueo geográfico.

<sup>68</sup> Artículo 17, apartado 1, letra c), del Reglamento Bruselas I *bis*.

<sup>69</sup> Artículo 6, apartado 1, letra b), del Reglamento Roma I.



*nalidad o lugar de residencia de los mismos diferente de la interfaz en línea a la que hubiesen tratado de acceder inicialmente, no aplica condiciones generales de acceso diferentes al vender productos o prestar servicios en los supuestos previstos en el presente Reglamento, o acepta instrumentos de pago emitidos en otro Estado miembro de manera no discriminatoria, no se considerará, únicamente por esos motivos, que dicho comerciante dirige sus actividades al Estado miembro en que el consumidor tiene su domicilio o residencia habitual..”<sup>70</sup>.*

**32.** De esta manera, la controversia está servida, pues no estamos en presencia de una cuestión baladí considerando que la prohibición de las prácticas de bloqueo geográfico que el Reglamento establece afecta a todos los comerciantes que presten sus servicios en el territorio de la Unión Europea y que los contratos celebrados con consumidores representan una parte muy importante de esta actividad.

Y el Reglamento sobre bloqueo geográfico y, en particular, algunas de sus disposiciones, podrían repercutir de manera directa en el funcionamiento de importantes normas de nuestro sistema de Derecho internacional privado e interferir en lo que es o no relevante a efectos de la interpretación de los artículos 17.1 c) del Reglamento Bruselas I *bis*, y 6.1 b) del Reglamento Roma I<sup>71</sup>.

**33.** Por consiguiente, a la luz del mencionado texto y de lo dispuesto tanto en los Reglamentos Bruselas I *bis* y Roma I cuanto en la jurisprudencia del TJUE en esta materia, pueden plantearse las siguientes cuestiones:

- a) ¿Nos encontramos en presencia de una norma que complementa e interpreta los artículos 17.1 c) del Reglamento Bruselas I *bis* y 6.1 b) del Reglamento Roma I, teniendo en cuenta que en sus respectivos textos no definen ni delimitan el alcance del concepto “actividades dirigidas” al Estado del domicilio o residencia habitual del consumidor?
- b) ¿Significa esto que, a tenor de lo dispuesto en los artículos 67 del Reglamento Bruselas I *bis* y 23 del Reglamento Roma I<sup>72</sup>, respecto a la relación de estos reglamentos con otras disposiciones de derecho comunitario, la definición de “actividades dirigidas” al Estado miembro del consumidor quedaría definida *sensu contrario* en el Reglamento sobre bloqueo geográfico injustificado, al menos por lo que a los servicios prestados por vía electrónica cubiertos por su ámbito de aplicación se refiere?
- c) ¿Podría interpretarse la declaración contenida en el Reglamento sobre bloqueo geográfico como una interferencia en la doctrina del TJUE que ya ha tenido ocasión de interpretar el alcance y contenido del concepto de “actividades dirigidas” en algunas de sus decisiones con motivo de la interpretación del artículo 17.1 c) del Reglamento Bruselas I *bis*?<sup>73</sup>
- d) En todo caso, ¿resultan compatibles con el Reglamento sobre bloqueo geográfico los indicios identificados por el TJUE en su jurisprudencia para determinar cuándo un comerciante, a través de su interfaz, está dirigiendo sus actividades al Estado miembro del domicilio o residencia habitual del consumidor? o, por el contrario, ¿la aplicación del Reglamento exige una relectura de estos indicios por parte del TJUE?
- e) En fin, ¿cómo ha de interpretarse el contenido del artículo 1.6 del Reglamento sobre bloqueo geográfico cuando señala que del cumplimiento de sus disposiciones no puede inferirse que un comerciante dirige sus actividades al Estado miembro de residencia habitual o domicilio del consumidor en el sentido del artículo 6.1 b) del Reglamento Roma I y del artículo 17.1 c) del Reglamento Bruselas I *bis*?

<sup>70</sup> Artículo 1.6 y Considerando 13 del Reglamento sobre bloqueo geográfico.

<sup>71</sup> *Vid.*, P. A. DE MIGUEL ASENSIO, “El nuevo Reglamento de la Unión Europea sobre bloqueo geográfico y otras formas de discriminación (1)”, *La Ley Unión Europea*, nº 59, de 31.05.2018, pp. 2 y 7.

<sup>72</sup> *Vid.* los artículos 67 del Reglamento Bruselas I *bis* y 23 del Reglamento Roma I, que regulan las relaciones de estos instrumentos con otras disposiciones de Derecho comunitario en materia de competencia judicial y ley aplicable.

<sup>73</sup> *Vid.*, al respecto, las Sentencias del TJUE de 7 de diciembre de 2010, *Pammer y Hotel Alpenhof*, asuntos acumulados C-585/08 y C-144/09, *Rec.* 2010, p. I-12527; de 6 de septiembre de 2012, *Mühlleitner*, asunto C-190/11, ECLI:EU:C:2012:542; de 17 de octubre de 2013, *Emrek*, asunto C-218/12, ECLI:EU:C:2013:666; y de 23 de diciembre de 2015, *Kampik*, asunto C-297/14, ECLI:EU:C:2015:844.

34. En principio, hay que señalar que no estamos en presencia de un Reglamento que incorpore normas de conflicto de leyes en relación a los contratos de suministro de contenidos digitales y de compraventa de bienes, pues no es esta su finalidad sino la de “... contribuir al buen funcionamiento del mercado interior impidiendo el bloqueo geográfico injustificado y otras formas de discriminación basadas, directa o indirectamente, en la nacionalidad, el lugar de residencia o el lugar de establecimiento de los clientes...”<sup>74</sup>.

Precisamente, el propio Reglamento reconoce su aplicación sin perjuicio de las normas ya existentes en materia de derecho internacional privado y remite expresamente a lo dispuesto en los Reglamentos Bruselas I *bis* y Roma I, de manera que no ha de cuestionarse su aplicación frente a las mencionadas disposiciones de derecho internacional privado ni tampoco que esté procediendo a una interpretación de las mismas.

Por otra parte, resultaría cuanto menos rebatible que las disposiciones del Reglamento sobre bloqueo geográfico injustificado adoptadas en el marco de la política del mercado interior, tal y como reconoce su artículo 1, pudiesen modificar o limitar las normas de conflicto previstas en los Reglamentos Bruselas I *bis* y Roma I adoptadas en el marco de la cooperación judicial en materia civil<sup>75</sup>.

En cualquier caso, resulta evidente que su interpretación podría plantear problemas en el futuro, especialmente a los comerciantes que actualmente vienen desarrollando su actividad únicamente en una parte del territorio de la Unión Europea y, por este motivo, resulta necesario un análisis sobre el concepto de “actividades dirigidas” a la luz de la doctrina elaborada por el TJUE en su jurisprudencia y su interacción con las disposiciones del Reglamento sobre bloqueo geográfico.

### III. El concepto de “actividades dirigidas al Estado miembro del domicilio o residencia habitual del consumidor”

#### 1. Plantemiento

35. Cuando un comerciante que presta sus servicios por vía electrónica<sup>76</sup> orienta su actividad comercial a los consumidores domiciliados o con residencia habitual en un Estado miembro, se considera que desea trabajar o introducirse en ese territorio y que está dirigiendo sus actividades a ese mercado. Pero, para identificar estas situaciones, ¿será necesario que el comerciante dirija su oferta a los potenciales clientes mediante el envío de comunicaciones electrónicas u otras acciones o bastará el mero acceso del consumidor al sitio web donde oferta su actividad comercial o profesional?

Si bien el envío de comunicaciones a través del correo electrónico puede cumplir las condiciones necesarias para considerar que el prestador de servicios se ha dirigido al Estado miembro del domicilio o residencia habitual del consumidor, el mero acceso del consumidor a su web sería cuestionable puesto que esta no se dirige a una jurisdicción particular sino que es susceptible de ser consultada desde cualquier Estado en el que se pueda acceder a internet y este hecho no supone necesariamente que su titular esté dirigiendo sus actividades hacia todos esos Estados.

36. En este sentido, resulta interesante recordar que en un principio el concepto de “actividad dirigida” fue interpretado de una forma laxa en el texto de la Propuesta inicial del Reglamento 44/2001, donde la Comisión señalaba que la comercialización de bienes o servicios por un medio electrónico

<sup>74</sup> Artículo 1.1 del Reglamento sobre bloqueo geográfico. En el mismo sentido, *Vid.*, el documento de la Comisión “Preguntas y respuestas...”, *doc. cit.*, apartado 3.2, p. 35.

<sup>75</sup> P. A. DE MIGUEL ASENSIO, “El nuevo Reglamento de la Unión Europea sobre bloqueo...”, *loc. cit.*, p. 6; y J. I. PAREDES PÉREZ, “Medidas contra el bloqueo geográfico injustificado: el Reglamento (UE) 2018/302 y su incidencia sobre las normas europeas de Derecho internacional privado”, *Revista Electrónica de Estudios Internacionales*, nº 35, Junio, 2018, p. 14.

<sup>76</sup> El artículo 2.1 del Reglamento sobre bloqueo geográfico define los servicios prestados por vía electrónica como “... aquellos “servicios prestados a través de internet o de una red electrónica que, por su naturaleza, se presten de manera básicamente automatizada y con una intervención humana mínima, y sin que se puedan garantizar a falta de tecnología de la información”.

accesible en un Estado miembro constituía una “actividad dirigida a dicho Estado”<sup>77</sup>. A pesar de ello, esta redacción no prosperó y fue modificada por el Parlamento Europeo que consideró excesivas estas condiciones porque las mismas podrían condenar a los prestadores de servicios a verse demandados ante los tribunales de cualquier jurisdicción donde su web fuese accesible.

Por lo tanto, hasta que el TJUE tuvo ocasión de pronunciarse al respecto, el criterio que servía como guía en esta materia era la Declaración conjunta del Consejo y la Comisión relativa al artículo 15 del Reglamento 44/2001 en la que ambas instituciones afirmaban que *“el mero hecho de que un sitio Internet sea accesible no basta para que el artículo 15 resulte aplicable, aunque se dé el hecho de que dicho sitio invite a la celebración de contratos a distancia y que se haya celebrado efectivamente uno de estos contratos a distancia, por el medio que fuere. A este respecto, la lengua o la divisa utilizada por un sitio Internet no constituye un elemento pertinente”*<sup>78</sup>. En esta declaración se aprecia, de modo implícito, una referencia a la distinción entre webs interactivas y pasivas.

**37.** A mayor abundamiento, el Reglamento Roma I, al referirse a la coherencia que han de observar ambos textos legislativos –los Reglamentos Bruselas I *bis* y Roma I– señala que la lengua o la divisa que utilice una web no constituye un elemento pertinente al objeto de considerar que se cumple la condición de “actividad dirigida” y activar la norma que protege al consumidor<sup>79</sup>.

**38.** Precisamente, esta es la línea que sigue el Reglamento sobre bloqueo geográfico que garantiza la accesibilidad de los clientes a las interfaces en línea de los comerciantes desde cualquier lugar de la Unión Europea y, al mismo tiempo, advierte que el cumplimiento de sus disposiciones no implica que un comerciante está dirigiendo sus actividades al Estado miembro de residencia habitual o domicilio del consumidor.

Por esta razón, parece excesivo considerar que el prestador de servicios pueda verse sometido a la jurisdicción y a la ley del Estado miembro del domicilio o residencia habitual del consumidor con el que contrató por vía electrónica por el mero hecho de que éste hubiese accedido a su interfaz desde ese Estado, siempre que no quede probado por otros medios que el comerciante había dirigido sus actividades a ese mercado.

**39.** De no aplicar ese criterio, esta situación podría generar un efecto negativo en la contratación electrónica y una restricción importante en la comercialización transfronteriza, ya que los comerciantes que deseen evitar el sometimiento a la jurisdicción y a la ley del Estado del domicilio del consumidor en caso de conflicto –bien sea por la incertidumbre legal o por el coste económico que estas demandas llevan implícitas–, podrían renunciar al desarrollo de su actividad *on line*.

No obstante, antes de tomar esa decisión tendrán que valorar si la renuncia a desarrollar su actividad por vía electrónica con consumidores domiciliados en otros Estados miembros resulta rentable para sus empresas y tomar en consideración que para evitar posibles demandas ante tribunales extranjeros pueden recurrir a otros medios alternativos de resolución de controversias o a la posibilidad de pactar previamente con sus clientes la jurisdicción y la ley aplicable en caso de conflicto. Sin olvidar la existencia de otros instrumentos normativos que habilitan medidas para facilitar la solución de litigios transfronterizos en el territorio de la Unión Europea, por ejemplo, en los casos de títulos ejecutivos europeos, el proceso monitorio europeo, y el proceso europeo de escasa cuantía<sup>80</sup>.

---

<sup>77</sup> Considerando 13 de la Propuesta de Reglamento (CE) del Consejo relativo a la competencia judicial, al reconocimiento y a la ejecución de resoluciones judiciales en materia civil y mercantil, Documento COM (1999) 348 final, de 7.09.1999 (DOCE C 376 E, de 28.12.1999).

<sup>78</sup> *Vid.*, la Declaración conjunta del Consejo y de la Comisión relativa a los artículos 15 y 73 del Reglamento 44/2001, Documento 13742/00, disponible en [http://ec.europa.eu/civiljustice/homepage/homepage\\_ec\\_es\\_declaration.pdf](http://ec.europa.eu/civiljustice/homepage/homepage_ec_es_declaration.pdf)

<sup>79</sup> Considerando 24 del Reglamento Roma I.

<sup>80</sup> *Vid.*, en este sentido, el Reglamento (CE) n° 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 (DO L 143 de 30.4.2004); el Reglamento (CE) n° 1896/2006 del Parlamento Europeo y del Consejo, de 12 de diciembre de 2006, por el que se establece un proceso monitorio europeo (DO L 399 de 30.12.2006); y el Reglamento (CE) n° 861/2007 del Parlamento Europeo y del Consejo, de 11 de julio de 2007, por el que se establece un proceso europeo de escasa cuantía (DO n° L 199 de 31.07.2007).

40. Pues bien, con el fin de evitar ese problema, los comerciantes venían regulando el desarrollo de su actividad *on line* mediante el uso de herramientas relativamente sencillas como son el bloqueo geográfico o la inclusión de *disclaimers* o cláusulas de exención de responsabilidad en su web –de forma bien visible y accesible a los consumidores que visiten la misma– en la que advertían acerca de la limitación de su actividad respecto a determinados Estados o mercados y a los consumidores allí domiciliados<sup>81</sup>.

Hay que reconocer que estas prácticas limitaban las posibilidades de elección de los consumidores y no favorecerían la libre prestación de servicios, al contrario, fomentaban un fraccionamiento del mercado único y la discriminación de los consumidores en función de su domicilio en contra de lo que dispone la Directiva relativa a los servicios en el mercado interior<sup>82</sup> y el propio Reglamento sobre bloqueo geográfico.

En el momento actual, y desde la entrada en vigor del Reglamento los comerciantes ya no pueden utilizar el bloqueo geográfico como una herramienta para acotar su mercado de actuación y evitar posibles demandas ante los tribunales y bajo la ley del Estado miembro del domicilio o residencia habitual del consumidor, por lo que habrán de buscar soluciones alternativas.

41. En mi opinión, la solución a este conflicto pasa por definir los mercados a los que los comerciantes dirigen su actividad de manera voluntaria y hacerlo compatible con la prohibición del bloqueo geográfico injustificado que impone el Reglamento, por ejemplo, delimitando el grado de interactividad de su website, así como la existencia o la ausencia de signos que puedan demostrar que ha dirigido sus actividades al Estado miembro del domicilio del consumidor.

Esto implica el análisis de aspectos concretos y específicos tales como las ofertas y publicidad que realice, el perfil de los consumidores a los que dirige sus productos o servicios, el idioma utilizado en la redacción de la web y la documentación que incorpora en la misma, la moneda utilizada para efectuar sus transacciones o las contrataciones reales efectuadas en ese Estado o Estados en los últimos tiempos<sup>83</sup>. Y, en cualquier caso, como sostiene parte de la doctrina, la carga de la prueba para demostrar que el comerciante ha dirigido su actividad hacia un determinado mercado recaerá sobre el consumidor que pretenda beneficiarse de la protección conferida por los Reglamentos Bruselas I *bis* y Roma I<sup>84</sup>.

Dicho esto, en determinados supuestos la limitación para contratar con consumidores con el fin de evitar posibles demandas ante los tribunales de los Estados donde se encuentran domiciliados podrá estar justificada cuando responda a causas objetivas y no discriminatorias tal y como prevé la mencionada Directiva<sup>85</sup> y el Reglamento sobre bloqueo geográfico.

42. A partir de ahí, el hecho concluyente será la voluntad del prestador del servicio de acceder y dirigir su actividad a otros mercados (el denominado *Internacional Stream-Of-Commerce*) adoptando las medidas necesarias para conseguir un fin eminentemente económico. Teniendo en cuenta que no todos los elementos que coadyuvan al cumplimiento de ese fin tienen un efecto económico –por ejemplo, el nombre de dominio, la dirección de correo electrónico o el idioma utilizado en la web– se puede concluir que todo gira alrededor de la voluntad del comerciante o prestador de servicios<sup>86</sup>.

<sup>81</sup> Un buen ejemplo de este tipo de cláusulas o *disclaimers*, donde se especifican claramente los mercados o destinatarios de los productos, puede encontrarse en las páginas web de los prestadores de servicios financieros y, en concreto, de las entidades comercializadoras o las sociedades de gestión de fondos de inversión. *Vid.*, al respecto, R. LAFUENTE SÁNCHEZ, *Contratos internacionales electrónicos de fondos de inversión*, Marcial Pons, Madrid, 2008, pp. 345-349.

<sup>82</sup> Artículo 20 de la Directiva relativa a los servicios en el mercado interior.

<sup>83</sup> *Vid.*, R. LAFUENTE SÁNCHEZ, *Contratos internacionales electrónicos...*, *op. cit.*, p. 340.

<sup>84</sup> *Vid.*, A. L. CALVO CARAVACA, “El Reglamento de Roma I sobre la ley aplicable a las obligaciones contractuales: cuestiones escogidas”, *Cuadernos de Derecho Transnacional* (Octubre 2009), vol. 1, nº 2, p. 100, disponible en <http://www.uc3m.es/cdt>

<sup>85</sup> *Vid.*, el Considerando 95 de la Directiva relativa a los servicios en el mercado interior, donde se incluye un listado de las posibles justificaciones para la diferencia de trato “... como los costes adicionales ocasionados por la distancia, las características técnicas de la prestación, diferencias en las condiciones del mercado, como una demanda más o menos elevada influenciada por temporalidad, distintos períodos de vacaciones en los Estados miembros o distintas políticas de precios por parte de los competidores, o los riesgos adicionales derivados de normativas distintas de las del Estado miembro de establecimiento. Tampoco cabe afirmar que la no prestación de un servicio a un consumidor por falta de los derechos de propiedad intelectual e industrial necesarios en un territorio particular suponga una discriminación ilegal”.

<sup>86</sup> *Vid.*, F. F. WANG, *Internet Jurisdiction and Choice of Law: Legal practices in the EU, US and China*, Cambridge University Press, 2010, p. 62.

Ahora bien, cabe plantear aquí si resulta suficiente que el prestador de servicios manifieste su voluntad de dirigir sus actividades a otro Estado miembro y, de ser así, cómo ha de exteriorizar la misma ¿basta que sea de forma tácita o se requiere una manifestación expresa a través de la web?

Asimismo, podría suceder que el comerciante no tuviese como objetivo dirigir sus actividades hacia los consumidores establecidos en otro Estado miembro y, sin embargo, el resultado final fuese la captación de los mismos. En estos casos, sería factible distinguir entre objetivo y resultado y concluir que, en ausencia de un objetivo claro y de indicios que así lo justifiquen, el prestador del servicio no habría dirigido sus actividades hacia el Estado del domicilio del consumidor<sup>87</sup>.

## 2. Doctrina del TJUE en esta materia

### A) Las “actividades dirigidas a un Estado miembro” como criterio de atribución de competencia judicial internacional

43. El TJUE, a través de los asuntos *Pammer y Alpenhof*, *Mühlleitner*, *Emrek* y *Kampik* ha contribuido a clarificar el concepto de “actividades dirigidas” al Estado miembro del domicilio del consumidor. Si bien es cierto que todos ellos se circunscriben al ámbito de la competencia judicial internacional y a la interpretación del artículo 15.1 c) del Reglamento 44/2001 (actualmente artículo 17.1 c) del Reglamento Bruselas I *bis* que derogó al anterior)<sup>88</sup>, con el fin de definir los indicios relevantes para acreditar que un vendedor ha dirigido su actividad al Estado miembro del domicilio del consumidor, las conclusiones aportadas por el TJUE pueden ser extrapolables al ámbito de la ley aplicable a las obligaciones contractuales, y resultarán de gran ayuda a la hora de interpretar el artículo 6.1 c) del Reglamento Roma I y, en particular, la ley aplicable a los servicios prestados por vía electrónica en los que intervenga un consumidor.

44. Como podrá observarse, la jurisprudencia del TJUE protege de forma clara a la parte más débil en la relación contractual pues la interpretación de la expresión “*dirigir las actividades*” al Estado miembro del domicilio o residencia habitual del consumidor que ha llevado a cabo adquiere una dimensión muy amplia que puede o no coincidir con la voluntad real del comerciante o prestador del servicio. Esta afirmación tiene su fundamento en el amplio catálogo de indicios que (sin carácter exhaustivo, por lo que podrían ampliarse en un futuro) ha elaborado el TJUE para justificar que un comerciante (o su *web*) tiene la voluntad de dirigir su actividad hacia el Estado del domicilio del consumidor, si bien es cierto que habrá que evaluar y graduar en cada caso concreto la concurrencia de uno o varios de estos indicios.

Pese a ello, este enfoque ha sido cuestionado por algunos autores que consideran que el razonamiento del Tribunal debía haberse planteado desde la perspectiva contraria, es decir, partiendo de la idea del carácter global y universal que presenta la actividad contractual a través de internet, considerar que una vez concluida la contratación existe la presunción de que el prestador del servicio ha dirigido previamente sus actividades hacia el Estado miembro del domicilio del consumidor<sup>89</sup>, lo que favorecería aún más la protección del consumidor. A continuación, analizaré y sintetizaré estas decisiones.

<sup>87</sup> *Vid.*, D. J. B. SVANTESSON, “*Pammer and Hotel Alpenhof* – ECJ decisión creates further uncertainty about when e-businesses “direct activities” to a consumer’s estate under the Brussels I Regulation”, *Computer Law & Security Review*, 27 (2011), pp. 301-302.

<sup>88</sup> El artículo 15.1 c) del Reglamento (CE) n° 44/2001 del Consejo, 22 de diciembre del 2000, relativo a la competencia judicial, el reconocimiento y la ejecución de resoluciones judiciales en materia civil y mercantil (DO n° L 012 de 16.01.2001) dispone: “*En materia de contratos celebrados por una persona, el consumidor, para un uso que pudiere considerarse ajeno a su actividad profesional, la competencia quedará determinada por la presente sección, sin perjuicio de lo dispuesto en el artículo 4 y en el punto 5 del artículo 5: c) en todos los demás casos, cuando la otra parte contratante 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*”.

<sup>89</sup> *Vid.*, D. J. B. SVANTESSON, “*Pammer and Hotel Alpenhof ...*”, *loc cit.*, pp. 302 y 304, quien considera que la conclusión del TJUE no es afortunada y que lejos de favorecer la protección del consumidor esta Sentencia perjudica tanto a los consumidores, al establecer un umbral de protección inferior al que sería deseable, cuanto a los prestadores de servicios, que a partir de ahora se verán sometidos a una mayor incertidumbre legal.

## **B) Indicios objetivos identificados por el TJUE para considerar que el comerciante ha dirigido sus actividades al Estado miembro del domicilio del consumidor.**

### **a) Asunto *Pammer y Alpenhof***

45. Hasta la Sentencia *Pammer y Alpenhof*, el TJUE no había tenido ocasión de analizar la expresión “*dirigiese tales actividades a dicho Estado miembro o a varios Estados miembros*” incluida en los Reglamentos Bruselas I *bis* y Roma I. De la misma se deduce que los indicios que pueden contribuir a demostrar que el prestador de servicios tiene voluntad de contratar con consumidores establecidos en otros Estados miembros pueden ser muy variados y, entre ellos, habrá que determinar cuáles son realmente indicativos de esta voluntad.

46. Tanto en el asunto *Pammer*, donde este ciudadano domiciliado en Austria había contratado a través de internet un viaje en carguero desde Trieste (Italia) hasta Asia Oriental con la empresa Reederei Kart Schlüter GMBH & Co KG, con domicilio social en Alemania, a través de la web de la sociedad intermediaria Internationale Frachtschiffreisen Pfeiffer GMBH domiciliada en Alemania; cuanto en el asunto *Alpenhof*, donde el Sr. Heller, ciudadano residente en Alemania había realizado la reserva de varias habitaciones en el Hotel *Alpenhof* situado en Austria a través del correo electrónico que figuraba en la web del mencionado hotel, se plantearon sendas demandas relacionadas con los servicios contratados en las que se dilucidaba la competencia del *forum actoris* en la contratación electrónica *B2C*.

47. En su Sentencia, el TJUE descartaba que la mención en la web del vendedor de su dirección electrónica o postal o de su número de teléfono sin prefijo internacional pudiesen ser signos que evidencian su intención o voluntad de dirigir su actividad a otros Estados miembros, ya que se trata de elementos informativos que, en cualquier caso, resultan necesarios para permitir la comunicación entre el vendedor y los consumidores con independencia del lugar en el que estos últimos se encuentren domiciliados. No hay que olvidar que este tipo de información no es potestativa sino obligatoria para el prestador de servicios a través de internet en virtud de lo dispuesto en la Directiva sobre el comercio electrónico<sup>90</sup>.

48. Igualmente, señalaba el Tribunal que el hecho de que una página web sea accesible no basta *per se* para que resulte aplicable el artículo 15.1 c) del Reglamento 44/2001, ya que si el legislador hubiese querido que la mera existencia o accesibilidad a la página web del prestador de servicios fuese indicio suficiente para considerar que éste dirige sus actividades a cualquier Estado miembro desde el que el consumidor pueda acceder a la misma, podría haber adoptado una redacción diferente a la actualmente existente, pero no fue así<sup>91</sup>. Será necesario, por tanto, que concurran una serie de indicios objetivos para poder afirmar que ha dirigido sus actividades hacia el Estado del domicilio del consumidor.

49. En este sentido, cabía pensar que, al objeto de determinar si la página web del prestador de servicios dirigía su actividad comercial o profesional al Estado miembro del domicilio del consumidor, sería necesario analizar la función y configuración de la misma como una web interactiva o una web pasiva y, como elemento consustancial a esta distinción, la participación activa o pasiva del consumidor.

---

<sup>90</sup> *Vid.* el artículo 5. 1 c) de la Directiva 2000/31/CE del Parlamento Europeo y del Consejo, de 8 de junio de 2000, relativa a determinados aspectos jurídicos de los servicios de la sociedad de la información, en particular el comercio electrónico en el mercado interior (Directiva sobre el comercio electrónico) (DO L L 178, de 17/07/2000), que obliga al prestador del servicio a facilitar a los destinatarios del servicio, *ex ante* a la celebración del contrato, las señas que le permitan ponerse en contacto rápidamente con el prestador de servicios y establecer una comunicación directa y efectiva con él, incluyendo su dirección de correo electrónico. El TJUE ha tenido ocasión de interpretar el alcance de esta obligación en su Sentencia de 16 octubre 2008, *Deutsche Internet Versicherung AG*, 298/07, *Rec.* 2008, p. I-07841. *Vid.*, al respecto, R. LAFUENTE SÁNCHEZ; TJCE - Sentencia de 16.10.2008, *Bundesverband / Deutsche internet versicherung AG*, C-298/07; “Comercio electrónico - Prestador de servicios a través de internet - Correo electrónico” — Los prestadores de servicios en la sociedad de la información; *Revista de Derecho Comunitario Europeo*, nº 37, septiembre-diciembre 2010, pp. 917-931.

<sup>91</sup> *Vid.*, los apartados 71, 73 y 74 de la Sentencia *Pammer y Hotel Alpenhof* y el apartado 64 de las Conclusiones de la Abogado general, Sra. Trstenjak, que se refieren al vigésimo cuarto considerando del Reglamento Roma I donde se menciona la Declaración conjunta del Consejo y la Comisión relativa al artículo 15 del Reglamento (CE) nº 44/2001, *doc. cit.*

Pero, el TJUE estimaba que no era determinante esta diferenciación, pues la inclusión en la web de los datos del prestador a los que antes me he referido y a los que viene obligado en virtud de la Directiva sobre el comercio electrónico –dirección electrónica o postal o número de teléfono– permiten al consumidor ponerse en contacto con él para la celebración del contrato. Y, de ese modo, se produce la convergencia en la operativa de las páginas web ya sean interactivas o pasivas por lo que el Tribunal rechazaba su distinción a los efectos que nos ocupa<sup>92</sup>.

**50.** Sin embargo, el TJUE consideraba que para dar respuesta a este interrogante había que definir y acotar los indicios que puedan aseverar que el prestador se ha esforzado activamente en captar clientes domiciliados en otros Estados miembros, en definitiva, que ese era el objetivo y el resultado de su actuación<sup>93</sup>.

Y afirmaba que los indicios objetivos han de ser “*expresiones manifiestas de la voluntad de atraer a los consumidores*” de otros Estados miembros diferentes a aquel en el que se encuentra establecida la otra parte contratante<sup>94</sup>, señalando con carácter meramente enunciativo los siguientes<sup>95</sup>:

- i) el carácter internacional de la actividad del prestador del servicio a desarrollar en el Estado de acogida;
- ii) la descripción de itinerarios desde otros Estados miembros hasta el lugar de establecimiento del prestador del servicio;
- iii) la posibilidad de utilizar en la contratación a través de la web una lengua diferente a la habitualmente empleada en el Estado miembro en el que se encuentra establecido el prestador del servicio, por ejemplo, la del país del Estado de acogida;
- iv) la posibilidad de utilizar en la contratación a través de la web una moneda diferente a la habitualmente empleada en el Estado miembro en el que se encuentra establecido el prestador de servicios, por ejemplo, la del Estado del domicilio del consumidor;
- v) la mención de números de teléfono con indicación del prefijo internacional;
- vi) los gastos en un servicio de remisión a páginas web en internet que faciliten el acceso al sitio del prestador o sus intermediarios a consumidores de otros Estados miembros;
- vii) la utilización de un nombre de dominio de primer nivel, por ejemplo, “es”, “fr”, “de”, distinto al del Estado miembro de establecimiento del prestador del servicio, o neutros, por ejemplo, “com”, “net”, “org”; o
- viii) la referencia a clientes (internacionales) domiciliados en otros Estados miembros.

*Sensu contrario*, entendía que los siguientes elementos no constituyen indicios que deban tomarse en consideración:

- i) el mero acceso a la web del comerciante desde el domicilio del consumidor;
- ii) el hecho de incorporar una dirección de correo electrónico y otros datos de contacto; o
- iii) el uso de una lengua o de una divisa que habitualmente se emplean en el Estado miembro del comerciante.

## **b) Asunto *Mühlleitner***

**51.** En el asunto *Mühlleitner* se planteaba de nuevo la interpretación del artículo 15. 1 c) del Reglamento 44/2001 pero, en esta ocasión, se dilucidaba la exigencia o no de que el contrato se hubiese celebrado a distancia para que el consumidor pudiese activar la protección que le otorga el mencionado artículo y demandar al vendedor ante los tribunales de su domicilio.

<sup>92</sup> *Vid.*, el apartado 79 de la Sentencia *Pammer y Hotel Alpenhof* y el apartado 63 de las Conclusiones de la Abogado general, Sra. Trstenjak.

<sup>93</sup> *Vid.* el apartado 75 de la Sentencia *Pammer y Hotel Alpenhof* y el apartado 63 de las Conclusiones de la Abogado General, Sra. Trstenjak.

<sup>94</sup> *Ibidem*, en su apartado 80.

<sup>95</sup> *Ibidem*, apartados 80 a 84.

**52.** La Sra. Mühlleitner, domiciliada en Austria, buscaba en internet un vehículo automóvil. En una web alemana encontró un enlace a la página web de Ahmad Yusufi y Wadat Yusufi, titulares de un negocio de venta de automóviles al por menor a través de la sociedad Autohaus Yusufi GbR, domiciliada en Hamburgo (Alemania). La Sra. Mühlleitner contactó con la empresa a través del teléfono disponible en la web y, posteriormente, se desplazó hasta Hamburgo donde se firmó el contrato de compraventa en el domicilio del vendedor, adquiriendo el vehículo y procediendo al pago del mismo. Al descubrir varios defectos en el vehículo decidió reclamar a la empresa vendedora ante los tribunales de su domicilio en Austria.

**53.** En este asunto, el TJUE concluyó que la regla de competencia especial en materia de contratos celebrados por un consumidor será de aplicación con independencia de la forma que revista la conclusión del contrato, ya sea entre presentes o a distancia. Si bien esta afirmación resultaba hasta cierto punto previsible, pues tanto de los antecedentes y del tenor literal del mencionado precepto cuanto de la doctrina del TJUE no cabía inferir otra interpretación, no es menos cierto que la misma resultaba de gran relevancia para el desarrollo de la actividad económica por los vendedores profesionales que a partir de esta Sentencia tendrían que tener muy presentes las siguientes consideraciones:

- i) En primer lugar, que lo determinante para que resulten competentes los tribunales del domicilio del consumidor, al socaire del foro especial en materia de contratos de consumo previsto en el Reglamento Bruselas I, será que los vendedores hayan dirigido su actividad por cualquier medio, y por supuesto a través de internet, al Estado del domicilio del consumidor de conformidad con la doctrina *Pammer y Alpenhof*;
- ii) En segundo lugar, que cuando se cumpla ese requisito, será de aplicación el foro especial en materia de contratos de consumo con independencia de otras circunstancias, entre ellas, que el contrato se haya celebrado entre presentes o a distancia, o el lugar de celebración del mismo –ya sea en el Estado del domicilio del consumidor o en el del vendedor<sup>96</sup>.

**54.** En definitiva, esta Sentencia venía a complementar la doctrina del TJUE en susentencia *Pammer y Alpenhof* añadiendo otros elementos probatorios, como son la toma de contacto a distancia y la celebración de un contrato de consumo a distancia, que constituyen indicios de vinculación del contrato con la actividad comercial dirigida al Estado miembro del domicilio del consumidor<sup>97</sup>.

### c) Asunto *Emrek*

**55.** Posteriormente, el asunto *Emrek* permitió al TJUE pronunciarse, de nuevo, sobre el artículo 15.1 c) del Reglamento 44/2001 y, en particular, juzgar si su aplicación exige la existencia de una relación causal entre la página web de un prestador de servicios que dirige su actividad comercial o profesional al Estado miembro del domicilio del consumidor y la posterior celebración del contrato.

**56.** El Sr. Emrek, domiciliado en Alemania, buscaba un vehículo de ocasión. Con este motivo, se desplazó hasta la ciudad francesa de Spicheren cercana a la frontera alemana donde el Sr. Sabranovic regentaba la empresa Vlado Automobiles Import-Export. Allí, adquirió un vehículo de ocasión y firmó el correspondiente contrato de compraventa. Esta empresa tenía una página web donde se mencionaba su dirección y se incluían los números de teléfono franceses y un número de teléfono móvil alemán, junto con los prefijos internacionales respectivos.

Con posterioridad, el Sr. Emrek demandó a la empresa vendedora en materia de garantía ante los tribunales de su domicilio en Alemania alegando que, aun cuando conoció la mencionada empresa por medio de conocidos y no de su web, del contenido de la misma se desprendía que su actividad comercial también estaba dirigida al mercado alemán.

<sup>96</sup> *Vid.*, al respecto, mi trabajo R. LAFUENTE SÁNCHEZ, “Aplicación del régimen especial de protección de los consumidores previsto en el Reglamento Bruselas I a los contratos celebrados entre presentes: a propósito de la sentencia del TJUE de 6 de septiembre de 2012, asunto C-190/11, *Mühlleitner*, *Diario La Ley*, nº 7966, 2012.

<sup>97</sup> *Vid.*, apartado 44 de la Sentencia *Mühlleitner*.



57. En primer lugar, el TJUE consideraba que el artículo 15.1 c) ha de interpretarse en el sentido de que “... *no exige una relación causal entre el medio utilizado para dirigir la actividad comercial o profesional al Estado miembro del domicilio del consumidor, a saber, una página web, y la celebración del contrato con dicho consumidor*”, ya que incluir la relación causal como un requisito más para la aplicación del mencionado precepto no parece coherente con el objetivo que persigue esa disposición<sup>98</sup>.

Asimismo, estimaba que la prueba de una relación causal entre la web y la celebración del contrato podría plantear dificultades añadidas al consumidor y disuadirle de acudir a los tribunales de su domicilio con lo que se debilitaría la protección que se persigue con la aplicación de esta disposición<sup>99</sup>.

58. No obstante, el TJUE apreciaba que la existencia de esa relación causal puede constituir un indicio de vinculación del contrato a tal actividad, en definitiva, una señal de que el comerciante ha dirigido su actividad al Estado miembro del domicilio del consumidor,<sup>100</sup> añadiendo, así, un elemento más al listado no exhaustivo de indicios probatorios elaborado en sus precedentes decisiones *Pammer* y *Alpenhof*, y *Mühlleitner*, para justificar que la actividad comercial se ha dirigido al Estado miembro del domicilio del consumidor.

#### d) Asunto *Kampik*

59. Finalmente, en el asunto *Kampik* el TJUE afrontaba como cuestión capital si el posible nexo entre dos contratos podía enmarcarse en el concepto de actividad dirigida al domicilio del consumidor en el sentido del artículo 15.1 c) del Reglamento 44/2001. La cuestión había surgido con ocasión de la existencia de dos contratos: el primero, concluido en el marco de la actividad de intermediación inmobiliaria que se había dirigido al Estado del domicilio del consumidor y, el segundo, un contrato de mandato considerado separadamente.

60. El Sr. *Kampik*, que desarrollaba su actividad profesional en España, intermedió entre el Sr. *Hobohm* y *Kampik Immobilien KG* (contrato de intermediación) para la adquisición de un apartamento situado en Denia (Alicante) que debía construir un promotor alemán. Estos apartamentos se comercializaban en Alemania a través de un folleto publicitario redactado en alemán.

Tras la firma del contrato de compraventa entre el vendedor (promotor alemán) y los compradores (matrimonio *Hobohm*), el Sr. *Kampik* ofreció a estos últimos encargarse de procurar la habitabilidad de la vivienda para lo cual el matrimonio *Hobohm* se desplazó a España y otorgó a favor del Sr. *Kampik* un poder notarial para la defensa de sus intereses en relación con el contrato de compraventa (contrato de mandato). Además, fueron entregando al Sr. *Kampik* determinadas cantidades con el fin de hacer frente al resto del pago del apartamento que habían adquirido.

Posteriormente, a consecuencia de la insolvencia del promotor y las desavenencias surgidas entre las partes en el contrato de mandato, el matrimonio *Hobohm* revocó el poder otorgado a favor del Sr. *Kampik* y lo demandaron ante los tribunales de su domicilio en Alemania con el fin de obtener la devolución de los importes que le habían entregado.

61. En esta ocasión, el TJUE declaró que, si bien el segundo contrato (el de mandato) no se inscribía en el ámbito de la actividad comercial dirigida al Estado miembro del domicilio del consumidor, había que tener en cuenta las siguientes consideraciones:

- i) que el segundo contrato se había celebrado como prolongación directa de dicha actividad y era complementario del contrato de intermediación que sí respondía al criterio de actividad dirigida; y
- ii) que a pesar de la falta de interdependencia jurídica entre ambos contratos, existía un nexo económico entre los mismos<sup>101</sup>.

<sup>98</sup> Sentencia *Emrek*, en su apartado 24.

<sup>99</sup> *Ibidem*, apartado 25.

<sup>100</sup> *Ibidem*, apartado 26.

<sup>101</sup> Sentencia *Kampik*, apartados 35 y 36.

62. Por todo ello, el TJUE concluía que para examinar si existe un nexo causal entre el contrato de intermediación y el contrato de mandato, el órgano jurisdiccional remitente ha de tomar en consideración los siguientes elementos: i) si existe identidad fáctica o jurídica de las partes en ambos contratos; ii) si existe identidad del objetivo económico de los mismos; y iii) su posible complementariedad<sup>102</sup>.

De ser así, y teniendo en cuenta que el primer contrato (intermediación) se enmarcaba en el ámbito de la actividad del profesional dirigida al Estado del domicilio del consumidor, el posterior contrato (de mandato) que persigue el mismo objetivo que el primero quedaría sujeto al mismo régimen de competencia judicial internacional que el contrato inicial<sup>103</sup>. Por lo tanto, un indicio más de que el comerciante ha dirigido su actividad al Estado miembro del domicilio del consumidor que debe añadirse al listado que ha ido elaborando el TJUE en su doctrina.

#### **IV. Análisis de los indicios identificados por el TJUE en su jurisprudencia a la luz del Reglamento sobre bloqueo geográfico injustificado**

##### **1. El acceso a la interfaz del comerciante desde el Estado del domicilio del consumidor no constituye un indicio de que haya dirigido su actividad a ese país**

63. Como ya adelanté, a tenor de lo dispuesto en el Reglamento sobre bloqueo geográfico, la posibilidad de acceder a la web del comerciante desde cualquier Estado miembro no significa que dirige sus actividades hacia ese país. Y así, el hecho de que un comerciante no bloquee o limite el acceso de los consumidores a su interfaz en línea; o no aplique condiciones generales de acceso diferentes a sus bienes o servicios; o no aplique criterios discriminatorios en relación a los instrumentos de pago no será determinante para considerar que se ha cumplido el criterio del *International Stream-Of-Commerce*.

Esta afirmación coincide con lo manifestado por el TJUE en el asunto *Pammer y Alpenhof*<sup>104</sup>. En definitiva, la mera accesibilidad a la web no es suficiente para acreditar la voluntad del comerciante de dirigir sus actividades y realizar transacciones comerciales en un determinado mercado y con los consumidores allí domiciliados<sup>105</sup>, por lo que será preciso que concurra alguno de los indicios objetivos identificados por el TJUE en su jurisprudencia.

64. Como corolario de lo anterior, podría afirmarse que los comerciantes no están obligados a desarrollar su actividad en todo el territorio de la Unión Europea. Y, sin embargo, este hecho ha de ser compatible con la obligación de eliminar el bloqueo geográfico injustificado que impone el Reglamento, pues esta norma no empece la libertad comercial de la que disfrutaban los comerciantes a la hora de organizar su actividad y que tendrá como límite la no discriminación por razón de la nacionalidad o el lugar de residencia o de establecimiento del cliente en aquellos mercados a los que haya decidido dirigirse.

65. No debe identificarse, por tanto, el acceso a la interfaz del comerciante desde el Estado miembro del domicilio del consumidor con la acción de “dirigir sus actividades” a ese mismo Estado. Ahora bien, ¿qué sentido tiene que los consumidores puedan acceder a la interfaz del comerciante desde su Estado de residencia al que no se ha dirigido su actividad?

En principio, con la prohibición del bloqueo geográfico se garantiza que el consumidor pueda conocer los productos o servicios que oferta el comerciante y que en el supuesto de estar interesado en los mismos pueda contratarlos a través de su web –cuando esta lo permita– o, en su defecto, a través de otros medios o de otra interfaz del comerciante. En estos casos, el consumidor ha de ser consciente de que en caso de conflicto no podrá beneficiarse del tratamiento más favorable que prevén las normas de Derecho internacional privado en los contratos concluidos con consumidores.

<sup>102</sup> *Ibidem*, apartado 37.

<sup>103</sup> *Ibidem*, apartado 39.

<sup>104</sup> *Vid.*, la Sentencia *Pammer y Hotel Alpenhof*, en sus apartados 71, 73, 74 y 94.

<sup>105</sup> A. L. CALVO CARAVACA y J. CARRASCOSA GONZÁLEZ, (Dirs.), *Derecho internacional...*, *op. cit.*, pp. 1124.

## 2. Coexistencia entre el acceso a su interfaz y la libertad del comerciante para excluir de la contratación a los clientes domiciliados en un Estado miembro

66. El Reglamento dispone en sus considerandos que la prohibición de discriminación en cuanto al acceso a interfaces en línea no significa que el comerciante esté obligado a realizar transacciones con los clientes que accedan a su web<sup>106</sup>. Por otra parte, admite que el comerciante pueda diseñar sus ofertas de manera diferente y ofrecer condiciones generales de acceso que difieran en función del territorio o del grupo de clientes al que se dirigen –bien sean jóvenes, consumidores, profesionales...– siempre que sea de forma no discriminatoria<sup>107</sup>. Menos aún puede inferirse de alguna de sus disposiciones que el comerciante esté obligado a crear su interfaz en una determinada lengua o a facilitar diferentes versiones lingüísticas de la misma.

De las anteriores afirmaciones cabe inferir que el comerciante podrá excluir a los clientes domiciliados en uno o varios Estados miembros de la contratación de sus productos o servicios sin que ello afecte al acceso a su interfaz desde los mencionados territorios. Cuestión bien distinta será cuando el cliente se desplace hasta otro Estado miembro al que el comerciante sí ha dirigido sus actividades, en cuyo caso ha de ser tratado en igualdad de condiciones que el resto de clientes allí domiciliados.

Y con ello, no estaría actuando de forma discriminatoria por motivos relacionados con la nacionalidad o el lugar de residencia o de establecimiento de los consumidores, ya que una cosa es delimitar el mercado de actuación al que dirige su actividad y otra, bien distinta, establecer condiciones de acceso diferentes en esos mercados en función de la nacionalidad o residencia de los destinatarios.

67. En este sentido, si bien es cierto que en el asunto *Pammer y Alpenhof* el TJUE no juzgó relevante el carácter activo o pasivo de la web del prestador del servicio con el fin de determinar si ha dirigido su actividad hacia el país del domicilio del consumidor<sup>108</sup>, considero que, a tenor de lo dispuesto en el Reglamento sobre bloqueo geográfico, resulta relevante abordar esta materia y reflexionar sobre ella.

Como ya adelanté, la distinción entre webs interactivas y pasivas con el fin de fijar la competencia judicial internacional ya había sido reconocida en la Declaración conjunta del Consejo y la Comisión relativa al artículo 15 del Reglamento 44/2001 que, ciertamente, coincide con la aproximación llevada a cabo por la jurisprudencia norteamericana que ha distinguido entre las páginas web pasivas –que no justifican la atribución de competencia a los tribunales del domicilio del consumidor– y las páginas web interactivas –en cuyo caso el prestador del servicio sí quedaría sometido a los tribunales del foro del domicilio de consumidor–<sup>109</sup>.

68. Para empezar, en una web interactiva podrían concurrir varios de los indicios objetivos señalados por el TJUE en su jurisprudencia con el fin de demostrar el cumplimiento del test de las “actividades dirigidas”, mientras que esta cuestión será más discutible cuando se trate de una web pasiva<sup>110</sup>. Cabe sostener, por tanto, el carácter distintivo de las web interactivas –que ofertan y promocionan activamente bienes y servicios en otros Estados miembros promoviendo la contratación *on line*–, frente a las web pasivas como mero instrumento publicitario que no ofrecen herramientas tecnológicas para realizar pedidos<sup>111</sup>.

<sup>106</sup> Considerando 18 del Reglamento sobre bloqueo geográfico.

<sup>107</sup> *Ibidem*, artículo 4.2.

<sup>108</sup> *Vid.* la Sentencia *Pammer y Hotel Alpenhof*, en su apartado 79.

<sup>109</sup> Lo que en la jurisprudencia norteamericana se ha denominado “*the Passive versus Active Test*”. Sentencia del *United States District Court for the Western District of Pennsylvania*, de 16 de enero de 1997. Caso *Zippo Manufacturing Co. v. Zippo Dot Com, Inc.*, 952 F. Supp. 1119 (W.D. Pa. 1997), disponible en [http://apps.americanbar.org/litigation/litigationnews/top\\_stories/docs/zippo.pdf](http://apps.americanbar.org/litigation/litigationnews/top_stories/docs/zippo.pdf). *Vid.*, al respecto, R. LAFUENTE SÁNCHEZ, “El criterio del *International Stream-of-Commerce*...”, *loc. cit.*, p. 185; y Z. S. TANG, *Consumer Contracts and the Internet in EU Private international law*, en A. SAVIN, J. TRZASKOWSKI (ed.) *Research Handbook on EU Internet Law*, Cheltenham, Edward Elgar, 2014, pp. 10-11.

<sup>110</sup> *Cfr.* las Conclusiones de la Abogada General, Sra. Trstenjak, en la Sentencia *Pammer y Hotel Alpenhof*, apartado 76, quien considera que es posible dirigir las actividades a través de sitios Internet tanto interactivos como pasivos. En relación a la distinción entre *web* activas y pasivas, y sus efectos al objeto de justificar que el vendedor ha dirigido su actividad al domicilio del consumidor, *Vid.*, R. LAFUENTE SÁNCHEZ, “El criterio del “*Internacional Stream-of-Commerce* ...”, *loc. cit.*, pp. 194-196.

<sup>111</sup> Como bien señala la Abogada General, Sra. Trstenjak, citando, entre otros, a L. E. GILLIES, “Jurisdiction for Consumer Contracts”, *Computer Law & Security Report*, nº 6/2001, p. 397: “... los sitios Internet interactivos permiten la celebración directa del contrato a través de la página web, mientras que los sitios pasivos no lo permiten”. *Vid.* al respecto, el apartado 61

Esta materia, no obstante, ha sido objeto de un interesante debate doctrinal y algunos autores han criticado la distinción entre web interactivas y pasivas, bien sea por la dificultad que presenta la clasificación de las webs en distintas categorías<sup>112</sup>; por considerar que una web accesible en el Estado del domicilio del consumidor permite la comunicación y contratación con su titular y hace superflua esta distinción<sup>113</sup>; o porque los consumidores pueden contratar por otros medios diferentes a la propia página web, como el teléfono o el correo postal<sup>114</sup>.

### A) Carácter distintivo de las páginas web interactivas y pasivas

69. Cuando la interfaz en línea del comerciante esté diseñada de forma específica para facilitar información sobre sus productos o servicios y la contratación de los mismos, habrá que entender que está dirigiendo de forma intencionada sus actividades en el sentido de lo dispuesto en los Reglamentos Bruselas I *bis* y Roma I.

Empero, no basta con el hecho de que el cliente pueda interactuar con el comerciante a través de su interfaz sino que lo relevante será su voluntad de dirigir sus actividades hacia el país del domicilio del consumidor<sup>115</sup>, y para acreditar este extremo habrá que examinar qué indicios de los identificados por el TJUE en su doctrina concurren en cada caso concreto<sup>116</sup>, entre ellos:

70. i) las contrataciones realizadas con anterioridad a través de la interfaz en línea con clientes domiciliados en un determinado Estado, lo que pondría de manifiesto el carácter internacional del comerciante o prestador de servicios. De este modo, la existencia de una cartera internacional de clientes domiciliados en otros Estados miembros con los que el comerciante ha contratado electrónicamente y a los que ha ofrecido sus productos y servicios podría ser un signo evidente de su voluntad de dirigir su actividad a esos Estados, salvo que se trate de contrataciones aisladas o que fuesen consecuencia de la voluntad de los clientes extranjeros (consumidores activos) que han decidido contratar a través de la web del comerciante aun cuando su actividad no fuese dirigida al Estado miembro de su domicilio<sup>117</sup>.

71. ii) la lengua utilizada en la configuración de la interfaz, es decir, el uso de una lengua diferente a la habitualmente empleada en el Estado miembro en el que se encuentra establecido el comerciante, por ejemplo, una lengua oficial en el Estado miembro de acogida, si bien es cierto que en la Unión Europea existen países con un idioma común. Por consiguiente, cuando el comerciante se haya tomado la molestia de traducir su interfaz y el consumidor tenga acceso a la información en una lengua accesible al mismo diferente a la original, estaríamos ante un signo evidente de que ha dirigido sus actividades a esos mercados y de su voluntad de contratar con los consumidores allí establecidos.

Significativo resulta el caso de aquellas webs que contengan un *link* a otra página redactada en un idioma diferente. De ser así, es posible afirmar que el prestador de servicios también desea dirigir su oferta a los países donde ese idioma es oficial. Igualmente, cuando una web se encuentre redactada, además de otros idiomas, en inglés, por ser esta una lengua ampliamente utilizada especialmente en el

---

de las Conclusiones en el Asunto *Pammer y Hotel Alpenhof*. En el mismo sentido, A. JAROSZEK, "European online marketplace – New measures for consumer protection against old conflict of law rules", *Masaryk University Journal of Law and Technology*, vol. 9:1, 2015, p. 25.

<sup>112</sup> Z. S. TANG, *Electronic Consumer Contracts in the Conflict of Laws*, Hart Publishing, Oxford, 2009, pp. 112-113.

<sup>113</sup> *Vid.*, por todos, G. A. L. DROZ y H. GAUDEMET-TALLON, "La transformation de la Convention de Bruxelles du 27 septembre 1968 en Règlement du Conseil concernant la compétence judiciaire, la reconnaissance et l'exécution des décisions en matière civile et commerciale", *Revue critique de droit international privé*, 2001, vol. 90, no 4, p. 639.

<sup>114</sup> *Vid.*, P. A. DE MIGUEL ASENSIO, *Derecho privado de Internet*, 4ª ed., Civitas, Madrid, 2011, p. 967.

<sup>115</sup> A. L. Calvo Caravaca y J. CARRASCOSA GONZÁLEZ, (Dir.), *Derecho internacional...*, *op. cit.*, pp. 1124.

<sup>116</sup> En relación a estos indicios, *Vid.*, por todos, R. LAFUENTE SÁNCHEZ, "El criterio del *International Stream-of-Commerce...*", *loc. cit.*, p.191-193; y M. TRIMBLE, "The role of geoblocking in the internet legal landscape", *IDP, Revista de Intenet, Derecho y Política*, nº 23, diciembre 2016, pp. 48-49.

<sup>117</sup> L. MANIGRASSI, "Justice, liberté, sécurité, Arrêt "Pammer & Hotel Alpenhof", *Revue du Droit de l'Union Européenne*, 1/2011, p. 144.

contexto de *internet* y las nuevas tecnologías, estaremos ante un signo evidente de la intención del prestador de dirigir su actividad a otros Estados miembros<sup>118</sup>.

72. iii) la posibilidad de utilizar en la contratación a través de la web una moneda diferente a la habitualmente empleada en el país en el que se encuentra establecido el comerciante o prestador de servicios, por ejemplo, la del Estado miembro del domicilio del consumidor. En este caso se pueden distinguir dos supuestos: que la moneda empleada por el comerciante sea exactamente la misma que la de aquellos Estados a los que pretende dirigir su actividad –caso del euro cuando sea utilizado en una interfaz establecida en un Estado de la zona euro para sus relaciones comerciales con el resto de los Estados que forman parte de la zona euro– o que, como estrategia de mercado, se admitan como divisa de pago diferentes monedas extranjeras, en cuyo caso este criterio habrá de evaluarse de forma acumulativa con otros indicios<sup>119</sup>.

73. iv) la inclusión en la web de un número de teléfono de asistencia con indicación del prefijo internacional del Estado miembro del domicilio del consumidor, que pone de manifiesto la voluntad del comerciante de dirigir su actividad a los consumidores domiciliados en otro Estado miembro al facilitarles ese medio de contacto; o

74. v) la utilización de un nombre de dominio de primer nivel del Estado miembro de residencia del consumidor –podría ser “es”, “fr”, “de”–, que sea distinto al del Estado miembro del comerciante o prestador de servicios, o de un nombre de dominio neutro, como “net”, “com”, “org”.

En principio, cuando una empresa crea un sitio internet con un dominio de primer nivel de un Estado ha de valorarse positivamente su intención de orientar sus actividades a estos mercados con independencia de que pueda dirigirse a los consumidores de otros Estados miembros, y lo mismo ha de entenderse cuando utilice un nombre de dominio neutro. De tal forma que si una empresa domiciliada en Francia crea una interfaz con un dominio “es” habrá que considerar que desea dirigir sus actividades hacia el mercado español pero, al mismo tiempo, también podrá hacerlo hacia otros mercados, por ejemplo, el francés donde se encuentra domiciliada para lo cual será conveniente analizar si concurren además otros indicios<sup>120</sup>.

75. Por el contrario, cuando el comerciante o el prestador de servicios no haya actuado con la finalidad de dirigir sus actividades comerciales o profesionales a los consumidores domiciliados en un Estado miembro a través de su interfaz en línea, podrá afirmarse que se trata de una web pasiva, accesible desde cualquier lugar de la Unión Europea, cuya única finalidad es publicitar sus productos y servicios pero que no revela la voluntad de su titular de dirigir sus actividades a ese Estado salvo que existan otros indicios que así lo demuestren<sup>121</sup>. Al contrario, no acepta la contratación con determinados clientes porque no persigue conquistar los mercados que expresamente está excluyendo de su oferta de servicios ni permite contratar a los consumidores domiciliados en estas jurisdicciones<sup>122</sup>.

<sup>118</sup> La Abogada General, Sra. Trstenjak, considera que en estos casos también han de tomarse en consideración otros criterios. *Vid.*, el apartado 83 de las Conclusiones.

<sup>119</sup> Hay que recordar que en el momento actual varios Estados de la Unión Europea aún no pertenecen a la zona euro, por lo que todavía no han adoptado la moneda única y siguen usando sus monedas nacionales que pueden ser utilizadas en la contratación electrónica. Así, el Reino Unido y Dinamarca en virtud de la cláusula de excepción que negociaron en su día; y Bulgaria, Croacia, Chequia, Hungría, Polonia, Rumania y Suecia por encontrarse en vías de adoptarla. *Vid.*, [https://europa.eu/european-union/about-eu/euro/which-countries-use-euro\\_es](https://europa.eu/european-union/about-eu/euro/which-countries-use-euro_es).

<sup>120</sup> S. MARINO, “I contratti di consumo *on line* e la competenza giurisdizionale in ambito comunitario”, *Contratto e impresa/Europa*, 1/2011, p. 255. *Cfr.* N. FABIANO, “E-Commerce e tutela del consumatore: La giurisdizione nei rapporti transfrontalieri”, disponible en [http://www.studiolegalefabiano.eu/index.php?option=com\\_content&view=article&id=76%3Ae-commerce-tutela-del-consumatore-la-giurisdizione-nei-rapporti-transfrontalieri&catid=46%3Acontributi&Itemid=76&lang=it](http://www.studiolegalefabiano.eu/index.php?option=com_content&view=article&id=76%3Ae-commerce-tutela-del-consumatore-la-giurisdizione-nei-rapporti-transfrontalieri&catid=46%3Acontributi&Itemid=76&lang=it), quien considera que la elección de un nombre de dominio superior no puede constituir una prueba capaz de determinar la voluntad del prestador de dirigir su actividad a un Estado miembro por estar en conflicto con el principio de libertad de empresa en virtud del cual el empresario lo que persigue con un nombre de dominio superior es alcanzar una mayor visibilidad de su empresa.

<sup>121</sup> P. A. DE MIGUEL ASENSIO, “Social Networking Sites: An overview of applicable law issues”, *Annali italiani del diritto d'autore, della cultura e dello spettacolo (AIDA)*, vol. XX, 2011, pp. 13-14.

<sup>122</sup> *Vid.*, A. L. CALVO CARAVACA y J. CARRASCOSA GONZÁLEZ, *Conflictos de leyes y conflictos de jurisdicción en internet*, Colex, Madrid, 2001, pp. 85-90; y F. ESTEBAN DE LA ROSA, *La protección de los consumidores en el mercado interior europeo*, Comares, Granada, 2003, pp. 183-184.

Empero, a tenor de la definición de “interfaz en línea” que facilita el Reglamento, a saber, cualquier tipo de programa informático, incluidos los sitios web y las apps –incluyendo las aplicaciones móviles– que sean utilizadas por un comerciante para dar acceso a los clientes a los productos o servicios del comerciante con el fin de iniciar una operación<sup>123</sup>, surge la duda de si una interfaz pasiva, que persiga un fin meramente publicitario y no permita iniciar una contratación, entraría en el ámbito de aplicación del Reglamento sobre el bloqueo geográfico.

En cualquier caso, hay que recordar que estas situaciones, en las que la web del comerciante persigue un efecto meramente publicitario, no serán muy habituales ya que la interfaz de un comerciante, más allá de su finalidad publicitaria, está pensada y diseñada para captar clientes.

**76.** En consecuencia, al socaire de la libertad contractual que ampara a los comerciantes podrían distinguirse los siguientes escenarios<sup>124</sup>:

**77. i)** Que la página web (pasiva) del comerciante o prestador de servicios persiga una finalidad meramente publicitaria, informando sobre sus productos pero no admitiendo la contratación a través de la misma. En estos casos, en cumplimiento de la obligación que impone el Reglamento sobre bloqueo geográfico, la interfaz ha de ser accesible para los consumidores desde cualquier Estado miembro aunque no permita efectuar pedidos.

**78. ii)** Que la página web (interactiva) del comerciante o prestador de servicios permita la contratación pero excluya expresamente a los consumidores domiciliados en determinados Estados o jurisdicciones como destinatarios de las actividades ofertadas en su web.

En estos casos no se puede afirmar que el comerciante dirige sus actividades a los Estados o jurisdicciones de los consumidores que ha excluido de una posible contratación<sup>125</sup>. Estas exclusiones pueden referirse a uno o varios Estados y tener un carácter general, es decir, que abarquen todos los productos y servicios ofertados en su web, si bien en otras ocasiones esta limitación podrá afectar únicamente a determinados productos o servicios.

**79. iii)** Que la página web (interactiva) del comerciante o prestador de servicios se haya elaborado con la finalidad de dirigirse única y exclusivamente a los consumidores de determinados Estados miembros o jurisdicciones. Para ello, podrá crear distintas versiones de su web, con diseño, idioma u otras características específicas diferentes dependiendo de los clientes a los que se dirige. De esta forma, está acotando su mercado de actuación que habrá de tener como límite la ausencia de discriminación por motivos relacionados con la nacionalidad o el lugar de residencia o el de establecimiento del cliente<sup>126</sup>.

Sirva como ejemplo una interfaz que: i) está redactada exclusivamente en español y portugués; ii) especifica los precios solamente para las adquisiciones desde España y Portugal; y iii) menciona que las entregas se efectuarán únicamente en el territorio de la península ibérica y Canarias. En este caso, parece evidente que los mercados a los que está dirigiendo su actividad son España y Portugal.

**80.** No obstante, cuando un consumidor domiciliado en un Estado al que el comerciante no dirige su actividad contacte con el comerciante a través de la dirección de correo electrónico o del teléfono que aparece en su web solicitando el producto que anuncia y el comerciante acepte su solicitud, en caso de litigio no se vería beneficiado de la protección que proporcionan los Reglamentos Bruselas I *bis* y Roma I pues queda claro que el comerciante no había dirigido su actividad al Estado del domicilio del consumidor<sup>127</sup>.

<sup>123</sup> Artículo 2, apartado 16 del Reglamento sobre bloqueo geográfico.

<sup>124</sup> *Vid.*, al respecto, R. LAFUENTE SÁNCHEZ, *Contratos internacionales electrónicos ...*, *op. cit.*, pp. 345-349.

<sup>125</sup> B. AÑOVEROS TERRADAS, "Restrictions on Jurisdiction Clauses in Consumer Contracts within the European Union" (2003) *Oxford U Comparative L Forum 1*, at [ouclf.iuscomp.org](http://ouclf.iuscomp.org), text afer note 100.

<sup>126</sup> *Vid.*, el documento de la Comisión, "Preguntas y respuestas...", *doc. cit.*, apartado 2.2.5, pp. 19-20.

<sup>127</sup> *Cfr.* A. LÓPEZ-TARRUELLA MARTÍNEZ, "El Reglamento 2018/302 sobre bloqueo geográfico injustificado y su relación con el criterio de las actividades dirigidas", *Bitácora Millenium DIPr*, nº 7, Junio 2018, p. 9, quien considera que el comerciante

La cuestión será determinar si, la toma de contacto a distancia del consumidor con la página web del comerciante, que el TJUE ha considerado como un indicio a estos efectos, puede bastar o ha de ir acompañado de otros indicios. Según mi parecer, así debería ser, tal y como se puede entrever de la decisión del Tribunal en el asunto *Mühlleitner*<sup>128</sup> pues, de lo contrario, no sería defendible la tesis de que el mero acceso a la web del comerciante no implica la acción de “dirigir sus actividades”.

**81.** En definitiva, eliminada la posibilidad de adoptar medidas que restrinjan o impidan técnicamente el acceso a los contenidos de una interfaz en línea a los consumidores de un determinado Estado miembro o área geográfica, los comerciantes que no deseen dirigir sus actividades a esos mercados habrán de adoptar las medidas necesarias para evitar esas contrataciones<sup>129</sup>. Entre estas medidas cabe apuntar las siguientes:

- i) la inclusión en la interfaz de *disclaimers* o cláusulas de exención de responsabilidad que, de forma bien visible y accesible a los consumidores, adviertan acerca de la limitación de su actividad respecto a determinados Estados o mercados y, por ende, a los consumidores domiciliados en los mismos<sup>130</sup>; o que adviertan sobre la limitación a la contratación de determinados productos o servicios ofertados en su web; o del rechazo a la entrega de sus productos en los territorios a los que no dirige su actividad<sup>131</sup>;
- ii) la instalación en la web de un sistema de identificación limitado a los mercados con los que el comerciante desea trabajar. De esta forma, se obliga al consumidor a seleccionar el Estado desde el que accede a la misma o en el que han de prestarse los servicios, lo que permitirá al comerciante asegurarse de que está contratando con los consumidores que desea contratar;
- iii) la inclusión de un acuerdo atributivo de competencia a los tribunales del domicilio del comerciante o prestador de servicios, siempre que sea posible y se cumplan las condiciones establecidas en el Reglamento Bruselas I *bis* ya que, de otro modo, esa cláusula de sumisión sería nula<sup>132</sup>. Lo mismo sucederá respecto a los acuerdos de ley aplicable que serán válidos siempre que respeten la protección que proporcionan al consumidor las disposiciones que no pueden excluirse mediante acuerdo a tenor de la ley que sería aplicable a falta de elección<sup>133</sup>.

Con todo ello, el comerciante o prestador de servicios evitaría la exposición a foros extranjeros y a la aplicación de una ley no deseada, puesto que en los contratos celebrados bajo estas condiciones

---

no puede negarse a celebrar contratos por el hecho de que la residencia habitual del consumidor esté en un Estado miembro al que el comerciante no ha dirigido su actividad, alegando que la ausencia de contratación impediría la aplicación de los artículos 17.1 c) de Bruselas I *bis* y del artículo 6.1 b) de Roma I.

<sup>128</sup> *Vid.*, Sentencia del TJUE, asunto *Mühlleitner*, *cit.*, apartado 44, donde el TJUE señala que “... el requisito esencial al que se supedita la aplicación del artículo 15, apartado 1, letra c), del Reglamento Bruselas I es el relacionado con la actividad comercial o profesional dirigida al Estado del domicilio del consumidor. A este respecto, tanto la toma de contacto a distancia, como ocurre con la controvertida en el litigio principal, como la reserva de un bien o de un servicio a distancia o, a fortiori, la celebración de un contrato de consumo a distancia son indicios de vinculación del contrato a tal actividad”.

<sup>129</sup> Adoptando para ello los denominados métodos de “jurisdiccional avoidance” o “ring-fence mechanisms”. *Vid.*, Y. FARAH, “Allocation of jurisdiction and the internet in EU law”, *European Law Review*, Vol. 33, Nº 2, April 2008, pp. 265-266.

<sup>130</sup> Un buen ejemplo de este tipo de cláusulas o *disclaimers*, donde se especifican claramente los mercados o destinatarios de los productos, puede encontrarse en las páginas web de los prestadores de servicios financieros y, en concreto, de las entidades comercializadoras o las sociedades de gestión de fondos de inversión. *Vid.*, al respecto, R. LAFUENTE SÁNCHEZ, *Contratos internacionales electrónicos ...*, *op. cit.*, pp. 345-349.

<sup>131</sup> Z. S. TANG, *Consumer Contracts and the Internet...*, *loc. Cit.*, p. 12.

<sup>132</sup> Artículo 19 del Reglamento Bruselas I *bis*. Estas condiciones son las siguientes : que el pacto sea posterior al nacimiento del litigio y que permita al consumidor demandar ante órganos jurisdiccionales distintos de los indicados en el Reglamento o que el pacto celebrado cuando ambas partes tengan su domicilio o residencia habitual en el mismo Estado miembro, atribuya competencia a los tribunales de ese Estado miembro a no ser que la ley de ese Estado prohíba tales acuerdos. En la doctrina, *Vid.*, E. ÁLVAREZ ARMAS y M. DECHAMPS, “La direction de l’activité comme critère déterminant la protection juridictionnelle des consommateurs dans l’e-commerce européen (commentaire de l’arrêt *Pammer-Hôtel Alpenhof*)”, *Revue du Droit des Technologies de l’information*, Nº 44/2011, p. 95; y Y. FARAH, “Allocation of jurisdiction ...”, *loc. cit.*, p. 266.

<sup>133</sup> *Vid.*, artículo 6, apartados 1 y 2, en relación con el artículo 3 del Reglamento Roma I.

el consumidor no podrá alegar que el comerciante ha dirigido su actividad al país en el que se encuentra domiciliado con el fin de activar la protección que otorgan los Reglamentos Bruselas I *bis* y Roma I<sup>134</sup>.

## B. Distinción entre consumidores activos y pasivos

82. Al igual que sucede con la web del comerciante, donde es posible distinguir entre páginas interactivas y pasivas, también se puede diferenciar entre consumidores activos y pasivos dependiendo del rol que asuman en cada momento. Se tratará de un consumidor activo cuando busque la contratación del producto o servicio a través de la web pasiva de la otra parte contratante que, en principio, persigue una finalidad puramente publicitaria o se dirige a mercados en los que no se encuentra domiciliado el consumidor o a destinatarios entre los que no se le incluye; y de un consumidor pasivo cuando el comerciante le dirija sus actividades comerciales o profesionales a través de su web interactiva<sup>135</sup>.

De ahí la importancia que adquiere la distinción entre páginas web interactivas y pasivas a pesar del rechazo que ha mostrado el TJUE a pronunciarse sobre esta materia pues no puede negarse que existe una conexión entre las webs interactivas y los consumidores pasivos y las webs pasivas y los consumidores activos.

83. A partir de ahí, puede afirmarse que la protección que otorgan los Reglamentos Bruselas I *bis* y Roma I se limita únicamente a los consumidores pasivos, o sea, a aquellos que no se desplazan del país de su residencia habitual para contratar con el comerciante. Ahora bien ¿qué sucede con los consumidores dinámicos o activos que accedan a una interfaz pasiva que, en principio, no dirige sus productos o servicios al país del consumidor?

Hoy en día, no resulta infrecuente que un consumidor contrate a través de una página web pasiva a pesar de que el Estado en el que se encuentra domiciliado haya sido excluido en la web del comerciante, a través de un *disclaimer*, como mercado de conquista. En esos casos, como ya he señalado, el contrato así concluido no podría considerarse amparado por la protección que otorgan las normas de Derecho internacional privado al no cumplirse el requisito de las “actividades dirigidas” al Estado miembro del domicilio del consumidor, salvo que así hubiese sido pactado por las partes<sup>136</sup>, y tampoco sería aplicable la ley del lugar de su residencia habitual. Sin embargo, un sector doctrinal se manifiesta favorable a otorgar al consumidor que contrata a través de internet la misma protección que al consumidor “clásico”, es decir, aquel que recibe una oferta a través de catálogo, prensa o televisión, aun cuando la actitud del consumidor que busca a través de internet pueda considerarse una actitud activa<sup>137</sup>.

84. De cualquier modo, entiendo que los límites de esta distinción –consumidor activo y pasivo– son muy difusos debido al fin último que persigue toda página web –la invitación a contratar los productos o servicios que oferta–, y porque en el ámbito de internet esta distinción resulta aún más compleja teniendo en cuenta que el simple hecho de acceder a la interfaz del comerciante convierte

<sup>134</sup> Algunos autores consideran que esta norma ha de ser interpretada como un elemento exigible con el objeto de que el consumidor pueda beneficiarse de la protección que el precepto le otorga –poder demandar ante los tribunales de su domicilio–, y no como un vínculo atributivo de competencia judicial internacional. *Vid.*, al respecto M. VARGAS GÓMEZ-URRUTIA, “Protección internacional de los consumidores ...”, *loc. cit.*, pp. 670-671.

<sup>135</sup> H. KRONKE, “Applicable Law in Torts and Contracts in Cyberspace”, en K. BOELE-WOELKI and K. KESSEDIAN, (Ed.) *Internet. Which Court decides?, Which Law applies?, Quel tribunal decide?, Quel droit s’applique?*, Kluwer Law International, 1998, The Hague, pp. 82-83; y N. ROSNER, “International Jurisdiction in European Union E-commerce Contracts”, disponible en <http://hdl.handle.net/11370/574c2f4f-5662-477f-9181-3a2afba98cd2>, p. 5.

<sup>136</sup> F. DEBUSSE, “International jurisdiction over E-Consumer contracts in the European Union : Quid Novi Sub Sole ?”, *International Journal of Law and Information Technology*, vol. 10, n° 3, 2002, p. 351.

<sup>137</sup> *Vid.*, por todos, G. KAUFMANN-KOHLER, “Internet: mondialisation de la communication – mondialisation de la résolution des litiges?”, en K. BOELE-WOELKI and K. KESSEDIAN, (Ed.) *Internet. Which Court decides?, Which Law applies?, Quel tribunal decide?, Quel droit s’applique?*, Kluwer Law International, 1998, The Hague, pp. 135-140. *Cfr.* A. L. CALVO CARAVACA y J. CARRASCOA GONZÁLEZ (Dir.), *Derecho Internacional privado vol. II*, décimo segunda edición, Granada, Comares, 2011-2012, p. 818, quienes consideran que a pesar de estos *disclaimers* cuando se produzca la contratación a petición de la otra parte domiciliada en un Estado excluido previamente estaremos en presencia de “actividades dirigidas” (tesis del contrato real) hacia el Estado del consumidor.



a todo consumidor en “potencialmente activo”. Consecuentemente, será necesario analizar cada caso concreto antes de acometer una definición genérica de la figura del consumidor activo en el ámbito de la contratación *B2C*<sup>138</sup>.

Por otra parte, no hay que olvidar que tanto la redacción del artículo 17.1 c) del Reglamento Bruselas I *bis* cuanto la del artículo 6.1 b) del Reglamento Roma I difuminan, en parte, la clásica distinción entre consumidor activo-pasivo al eliminar el requisito que caracterizaba la figura del consumidor pasivo, esto es, la realización de los actos necesarios para la celebración del contrato en el Estado donde se encuentra domiciliado, pues esta distinción pierde su razón de ser cuando nos encontramos en presencia de contratos electrónicos<sup>139</sup>.

### 3. Relevancia del lugar de entrega de los productos o servicios del comerciante para determinar si ha dirigido sus actividades al Estado del domicilio del consumidor

**85.** Este Reglamento permite a los comerciantes designar o acordar con los clientes el cliente el lugar del Estado miembro en el que ofrece sus servicios de entrega. En la práctica, esto significa que no le obliga a realizar entregas transfronterizas de productos en otros Estados miembros o fuera de los territorios designados al efecto. Las opciones de entrega, por lo tanto, son una elección comercial sujeta a la voluntad del comerciante que podrá abarcar todo el territorio de la Unión, uno o varios Estados o, simplemente, el Estado miembro de origen del comerciante<sup>140</sup>.

Las condiciones de entrega, determinadas por el comerciante o pactadas con el cliente, han de estar especificadas claramente en las condiciones generales de acceso y en ningún caso podrán discriminar a los clientes por razón de su nacionalidad, lugar de residencia o lugar de establecimiento<sup>141</sup>. Y, en consonancia con lo dispuesto en la Directiva sobre los derechos de los consumidores<sup>142</sup>, el comerciante está obligado a facilitar a los clientes en su interfaz la información precontractual clara y precisa sobre los procedimientos y condiciones de entrega –zona geográfica en la que ofrece su servicio de entrega, Estados en los que no lleva a cabo ese servicio, costes de entrega, transporte, envío o manipulación, cargos adicionales...–<sup>143</sup>.

**86.** A mi entender, la exclusión de un territorio determinado del ámbito geográfico en el que el comerciante realiza los servicios de entrega, podría ser interpretada como un indicio –negativo, en este caso–, pero no determinante, de que no ha dirigido sus actividades a esos mercados, pues podrían concurrir otros indicios que así lo acrediten, como el hecho de que el consumidor hubiese concluido el contrato a través de la interfaz del comerciante y desde el Estado miembro de su domicilio o residencia habitual.

En cualquier caso, no hay que olvidar que el hecho de que sea el consumidor el que se desplace para recoger el producto a otro Estado miembro no tendría relevancia a estos efectos a tenor de la doctrina del TJUE que, hasta la fecha, únicamente ha considerado la conducta del comerciante, y no la del consumidor, con el fin de aplicar el régimen especial de protección en materia de contratos de consumo<sup>144</sup>.

**87.** En consecuencia, cuando el comerciante excluya la entrega de sus mercancías en algunos Estados miembros o a los consumidores domiciliados en un determinado territorio, y estos decidan contratar con el comerciante aun a sabiendas de que este no le ofrece la posibilidad de entregarle el producto

<sup>138</sup> *Vid.*, F. DEBUSSE, “International jurisdiction over E-Consumer ...”, *loc. cit.*, pp. 352-353.

<sup>139</sup> *Vid.*, P. CACHIA, “Consumer contracts in European private international law: The sphere of operation of the consumer contract rules in the Brussels I and Rome I Regulation», *European Law Review*, vol. 34, nº 3, June 2009, pp. 489-490.

<sup>140</sup> *Vid.*, el Considerando 28 del Reglamento sobre bloqueo geográfico.

<sup>141</sup> *Ibidem*, artículo 4.1 a) y Considerando 23.

<sup>142</sup> *Vid.*, artículos 5, 6 y 8 de la Directiva 2011/83/UE del Parlamento Europeo y del Consejo, de 25 de octubre de 2011 sobre los derechos de los consumidores, por la que se modifican la Directiva 93/13/CEE del Consejo y la Directiva 1999/44/CE del Parlamento Europeo y del Consejo y se derogan la Directiva 85/577/CEE del Consejo y la Directiva 97/7/CE del Parlamento Europeo y del Consejo (DOUE L 304, de 22.11.2011).

<sup>143</sup> *Vid.*, el documento de la Comisión, “Preguntas y respuestas...”, *doc. cit.*, apartados 2.3.6 y 4.1.4, pp. 23 y 42.

<sup>144</sup> J. I. PAREDES PÉREZ, “Medidas contra el bloqueo geográfico injustificado...”, *loc. cit.*, pp. 17-18.

en el territorio en el que tienen su domicilio o residencia habitual, tendrán que organizar con sus propios medios la recogida en el lugar donde el comerciante ofrezca servicios de entrega.

En estos supuestos, nos encontraremos en presencia del “consumidor móvil” tal y como algunos autores lo han definido<sup>145</sup>, y su protección quedará incluida en el ámbito de aplicación de las normas previstas en los artículos 17.1 c) del Reglamento Bruselas I *bis* y 6.1 b) del Reglamento Roma I únicamente cuando, mediante el cumplimiento de otros indicios, pueda acreditarse que el comerciante ha dirigido su actividad al Estado miembro del domicilio del consumidor aunque, posteriormente, este haya tenido que desplazarse a otro lugar con la finalidad de recoger el producto o servicio objeto de la transacción, tal y como ha señalado el TJUE en su doctrina<sup>146</sup>.

No será así cuando no se cumpla el requisito de la actividad dirigida al Estado miembro del domicilio del consumidor y este haya contratado a través de la web de otro Estado miembro y posteriormente se desplace a recoger el producto en el territorio de este último Estado.

**88.** *Sensu contrario*, podría entenderse que el comerciante ha dirigido sus actividades al Estado miembro del domicilio del consumidor en los siguientes supuestos:

- i) De un lado, cuando su interfaz incluya asistencia a los consumidores domiciliados en un determinado Estado para que organicen la recogida del producto, por ejemplo, poniendo un teléfono a su disposición o respondiendo los mensajes de *email* en su propio idioma; o cuando la mencionada interfaz esté redactada en el idioma del país de destino o se incluya una herramienta de traducción automática.
- ii) De otro lado, cuando el comerciante incluya en las condiciones generales de acceso, o en la información precontractual en su web, o a través de email, que se encargará directamente del envío y entrega de las mercancías en el país donde tiene su residencia habitual el consumidor; o cuando incluya las opciones que tiene el consumidor para recibir en su domicilio la entrega de las mercancías; o cuando incluya la web de la empresa que va a gestionar la entrega de la mercancía; o simplemente un *link* a la web de la empresa encargada de gestionar la entrega.

**89.** Sin lugar a dudas, el Reglamento exige una actitud activa del comerciante o prestador de servicios, que vaya más allá de la mera eliminación del bloqueo geográfico, a la hora de regular los servicios de entrega de los productos que comercializa a través de su interfaz en línea. Para ello, en el marco de las condiciones generales de acceso o en el acuerdo con el cliente facilitará los datos para la recogida, pudiendo incluir en su interfaz la mención de números de teléfono con indicación del prefijo internacional, traduciendo su web al idioma habitualmente empleado en el Estado del domicilio del consumidor, o prestando su apoyo para la entrega de las mercancías o servicios mediante la descripción de itinerarios para llegar desde otros Estados miembros hasta el lugar de establecimiento del comerciante, ya sea por carretera, ferrocarril o transporte aéreo, cuando sea ese el lugar de entrega de la mercancía. En los casos anteriores, se pueden reconocer claramente algunos indicios coincidentes con los ya identificados por el Tribunal de Justicia en su sentencia *Pammer y Alpenhof* para considerar el criterio de las “actividades dirigidas”.

A mi parecer, cuando el Reglamento se refiere a las opciones de entrega por el comerciante esta pensando en las ventas activas propias de las web interactivas que permiten identificar los mercados a los que el comerciante ha dirigido sus actividades, especialmente cuando, en el marco de la relación contractual, decide asistir al consumidor para que este pueda recibir la mercancía o servicio contratado electrónicamente en el país en el que tiene su domicilio o residencia habitual.

<sup>145</sup> *Vid.*, T. BALLARINO, “Dalla Convenzione di Roma al Regolamento Roma I”, *Rivista de Diritto Internazionale*, vol. 1, 2009, p. 50; L. E. GILLIES, “Choice of law rules for electronic consumer contracts: replacement of the Rome Convention by the Rome I Regulation”, *Journal of Private International Law*, v. 3, 2007, p. 89; y G. PASSARELLI, “The Protection of the European Consumer in Private International Law. Some General Remarks”, *Contratto e impresa / Europa*, n° 1, Giugno 2014, pp. 210-211.

<sup>146</sup> *Vid.*, Sentencia del TJUE, asunto *Muhlleitner*, *cit.*, apartado 44.

#### **4. El cumplimiento de los requisitos legales nacionales no contractuales del Estado miembro del cliente y su incidencia en el criterio de las “actividades dirigidas”**

90. Como ya adelanté, la observancia del Reglamento sobre bloqueo geográfico y, en particular, la no aplicación de condiciones generales de acceso diferentes a los productos del comerciante, no implica que éste venga obligado a cumplir con los requisitos legales nacionales no contractuales relacionados con los productos y servicios respectivos del Estado miembro del cliente, o a informar a los clientes sobre esos requisitos<sup>147</sup>. Al referirse a estos requisitos legales, el Reglamento está pensando en aquellos que no se derivan de la relación contractual entre el cliente y el comerciante y que resultan de aplicación de conformidad con la legislación aplicable en el Estado miembro del cliente. A título de ejemplo, pueden mencionarse los relacionados con el etiquetado de los productos que se comercialicen o con aspectos sectoriales, en definitiva, normas que buscan la protección del consumidor<sup>148</sup>.

91. De esta manera, las diferencias existentes entre las legislaciones nacionales de los Estados miembros, tanto en materia de protección del consumidor cuanto en lo que atañe a la regulación de los comerciantes y su actividad, pueden constituir un motivo justificado para que ciertos profesionales decidan no desarrollar su actividad en una parte del mercado único digital y rechacen vender o prestar servicios a los consumidores domiciliados en esos Estados miembros, sin que ello sea óbice para que los consumidores establecidos en cualquier Estado miembro puedan acceder a su interfaz en consonancia con lo dispuesto en el Reglamento sobre bloqueo geográfico.

92. Por el contrario, el cumplimiento de esos requisitos nacionales no contractuales no podrá orillarse cuando el comerciante haya dirigido sus actividades a un determinado mercado y contrate con los clientes allí domiciliados. Dicho de otro modo, ese comerciante viene obligado a cumplir con la legislación nacional a la que está sujeto por el hecho de operar en ese determinado Estado y, en particular, en materia de protección del consumidor, mientras que su exclusión quedaría totalmente justificada cuando se trate de Estados a los que no ha dirigido su actividad<sup>149</sup>.

Por consiguiente, el respeto a la legislación nacional del Estado miembro del domicilio del consumidor podría considerarse como una prueba fehaciente de que el comerciante ha dirigido su actividad a ese territorio, si bien es cierto que hasta la fecha la doctrina del TJUE no ha incluido este elemento entre sus indicios para justificar el test de las “actividades dirigidas”.

#### **5. ¿Cómo ha de interpretarse el hecho de que del Reglamento no conlleva para el comerciante ningún coste adicional asociado a la competencia judicial o a diferencias en el derecho aplicable?**

93. El Reglamento, en sus considerandos, trata de aportar alguna luz sobre esta cuestión al distinguir entre los comerciantes que no ejercen o dirigen sus actividades al Estado miembro del consumidor y los que sí lo hacen. En el primer supuesto, dispone que el cumplimiento del Reglamento no conlleva para el comerciante ningún coste adicional asociado a la competencia judicial o a diferencias en el derecho aplicable, mientras que en el segundo la voluntad del comerciante de dirigir sus actividades hacia un mercado concreto y su intención de contratar con los consumidores allí domiciliados ha quedado patente, por lo que ha podido tener en cuenta tales costes<sup>150</sup>.

94. En mi opinión, esto no introduce cambios sustanciales en la operativa que hasta la entrada en vigor del Reglamento han venido aplicando los comerciantes y prestadores de servicios. De tal suerte que cuando un comerciante no deseaba dirigir sus actividades a un determinado Estado podía utilizar la técnica del bloqueo geográfico o incluir un *disclaimer* en su página web, manifestando, de este modo, su voluntad de evitar la contratación con esos clientes. Y para ello, antes de adoptar esa decisión había

<sup>147</sup> *Vid.*, los artículos 4.1 a) y 4.3 y el Considerando 29 del Reglamento sobre bloqueo geográfico.

<sup>148</sup> *Vid.*, el documento de la Comisión, “Preguntas y respuestas...”, *doc. cit.*, apartado 2.3.14, p.26.

<sup>149</sup> *Ibidem*, apartados 2.3.21 y 2.3.22, pp.28 y 29.

<sup>150</sup> *Vid.*, el Considerando 26 del Reglamento sobre el bloqueo geográfico.

analizado los riesgos que implicaba dirigir su actividad a ese mercado, tanto los costes económicos de comercializar y entregar sus productos en dicho territorio cuanto los costes jurídicos que implicaría tener que litigar ante los tribunales del domicilio del consumidor y aplicar la ley de ese Estado.

En definitiva, tal y como sostiene el Reglamento, su aplicación no debe suponer ningún coste adicional asociado a la competencia judicial o a diferencias en el Derecho aplicable para aquellos comerciantes que vayan a seguir actuando como hasta ahora lo han hecho, y que tienen preparada su interfaz para excluir de su actividad aquellos clientes a los que no deseen dirigir sus actividades por el coste económico o jurídico que ello pueda representar. Como ya he señalado, el hecho de eliminar el bloqueo geográfico injustificado no implica que los comerciantes tengan que ampliar el ámbito territorial en el que hasta ahora han venido desarrollando su actividad.

## V. Consideraciones finales

95. La contratación on line ha venido funcionando desde hace ya algunas décadas con diferentes resultados, dependiendo del perfil de consumidor existente en cada país y de los mercados elegidos por las empresas y prestadores de servicios para desarrollar su actividad. Si bien la experiencia existente en esta materia puede considerarse positiva, no hay que olvidar los obstáculos que todavía subsisten para conseguir un verdadero mercado único digital en la Unión Europea. Uno de ellos, el bloqueo geográfico que permitía a los comerciantes discriminar a la hora de comercializar sus productos en función de la nacionalidad, del lugar de residencia o establecimiento de los consumidores, ha sido eliminado a raíz de la reciente entrada en vigor del Reglamento sobre bloqueo geográfico.

96. Por otra parte, resulta un hecho cierto que cuanto mayor sea el número de transacciones que se efectúen por vía electrónica, mayor será el número de conflictos que puedan surgir entre las partes. En estos casos, en el ámbito de la contratación *B2C*, entran en juego las normas de Derecho internacional privado y, en particular, las relativas a la protección del consumidor previstas en los Reglamentos Bruselas *I bis* y Roma I, con el fin de determinar la competencia judicial internacional y la ley aplicable en función de la actividad dirigida por los comerciantes al Estado del domicilio o residencia habitual del consumidor.

Para aplicar apropiadamente las mismas, la jurisprudencia del TJUE interpretando estas normas debería ser suficiente. Sin embargo, ello no impedirá que las particularidades de cada caso puedan plantear nuevos problemas a la hora de determinar el tribunal competente y la ley aplicable a los contratos de consumo electrónicos celebrados en el ámbito del Mercado Único Digital Europeo.

97. Como he puesto de manifiesto, la jurisprudencia del TJUE protege de forma clara a la parte más débil en la relación contractual pues la interpretación de la expresión “*dirigir las actividades*” al Estado miembro del domicilio o residencia habitual del consumidor que ha llevado a cabo adquiere una dimensión muy amplia que puede o no coincidir con la voluntad real del comerciante o prestador del servicio. Esta afirmación tiene su fundamento en el amplio catálogo de indicios (sin carácter exhaustivo, por lo que podrían ampliarse en un futuro) que ha elaborado el TJUE para justificar que un comerciante (o su *web*) tiene la voluntad de dirigir su actividad hacia el Estado del domicilio del consumidor, si bien es cierto que habrá que evaluar y graduar en cada caso concreto la concurrencia de uno o varios de estos indicios.

En mi opinión, si bien el consumidor representa la parte más débil en la relación contractual, y como tal ha de ser objeto de protección, no se trata de ahondar en el desequilibrio entre las partes desde la perspectiva del comerciante, sino que habrá que analizar en cada caso concreto tanto los indicios que concurren en su página web cuanto las medidas activas que haya adoptado para dirigir su actividad al mercado de conquista o, a *sensu contrario*, las medidas adoptadas para evitar las relaciones con el foro del consumidor con el fin de no verse demandado ante sus tribunales y sometido a la ley de ese Estado. Pues una protección exorbitante del consumidor podría romper el equilibrio que ha de existir entre el interés del Estado –la protección de sus ciudadanos designando competentes sus tribunales– y el de los comerciantes y prestadores de servicios que se ven sometidos a los tribunales del demandante y a la ley de su Estado.

Por esa razón, entiendo que las condiciones que impone el TJUE en su doctrina respetan el deseable equilibrio que ha de existir entre las partes y resultan perfectamente compatible con el derecho a la tutela judicial efectiva sin que pueda plantearse una posible indefensión por ninguna de las partes.

**98.** En este contexto, considerar que el Reglamento sobre bloqueo geográfico injustificado implica que el comerciante ha dirigido su actividad a todo el territorio desde el que su web sea accesible, sería abundar en esa interpretación generosa que el Tribunal ya ha acuñado favoreciendo aún más la protección del consumidor. Por ese motivo, el propio Reglamento ser apresura a rechazar tal interpretación.

Y así, tal y como he señalado a lo largo de este trabajo, la aplicación del Reglamento sobre bloqueo geográfico es compatible con la aplicación de las normas de Derecho internacional privado previstas en el artículo 17.1 c) del Reglamento Bruselas I y el artículo 6.1 b) del Reglamento Roma I en materia de contratos de consumo.

Del mismo modo, la distinción entre el acceso a la interfaz del comerciante y la acción de dirigir sus actividades comerciales al Estado miembro del domicilio o residencia habitual del consumidor ha quedado claramente expuesta.

**99.** Por consiguiente, los criterios identificados por el TJUE en su jurisprudencia siguen manteniendo su vigencia y a ellos habrá que acudir para determinar si el comerciante ha dirigido o no su actividad al Estado miembro del consumidor al objeto de que este pueda activar la protección que le otorgan los Reglamentos Bruselas I *bis* y Roma I.

Y, en este sentido, considero que no resulta necesaria una reinterpretación ni modificación de esos criterios sino más bien una adaptación de los mismos a la nueva situación planteada tras la entrada en vigor del Reglamento sobre bloqueo geográfico. Todo ello, sin perjuicio de la consideración de otros elementos que incorpora el mencionado Reglamento, que también pueden tener incidencia a la hora de considerar hacia donde ha dirigido el comerciante su actividad, por lo que no es descartable que en un futuro no muy lejano el TJUE tenga que afrontar de nuevo esta cuestión y pronunciarse sobre los criterios previstos en el Reglamento sobre el bloqueo geográfico, ampliando así el listado no exhaustivo de indicios que hasta ahora ha aportado o, en su caso, aclarando o redefiniendo los ya existentes.

**100.** Concluyendo, pues, podría afirmarse: i) que la aplicación del Reglamento sobre bloqueo geográfico no interfiere en la interpretación y aplicación de los indicios definidos por el TJUE respecto al concepto de “actividad dirigida” al Estado miembro del consumidor; ii) que esos criterios siguen plenamente vigentes en el marco de la actividad regulada por el Reglamento sobre bloqueo geográfico; y iii) que al socaire de la aplicación del mencionado Reglamento y de la observancia por parte de los comerciantes de la prohibición de las prácticas de bloqueo injustificado que regula, podrían inferirse otros indicios compatibles con los ya definidos por el TJUE con el fin de identificar si un comerciante ha “dirigido su actividad” al Estado miembro del consumidor; indicios que, en cualquier caso, habrán de ser refrendados o rechazados por el TJUE en su futura jurisprudencia.

# INTEGRATION AND COOPERATION OF INTERNATIONAL AND EUROPEAN PRIVATE LAW ACCORDING CHARTER OF THE FUNDAMENTAL RIGHTS OF THE EUROPEAN UNION

## INTEGRACIÓN Y COOPERACIÓN DEL DERECHO PRIVADO INTERNACIONAL Y EUROPEO SEGÚN LA CARTA DE LOS DERECHOS FUNDAMENTALES DE LA UNIÓN EUROPEA

DIMITRIS LIAKOPOULOS

*Full Professor of European Union Law at the Fletcher School-Tufts University  
(MA in international law and MA of Arts in Law and diplomacy)*

*Full Professor of International and European Criminal and Procedural Law  
at the De Haagse Hogeschool-The Hague. Attorney at Law a New York and Bruxelles*

ORCID ID: 0000-0002-1048-6468

Recibido: 27.01.2019 / Aceptado: 29.04.2019

DOI: <https://doi.org/10.20318/cdt.2019.4954>

**Abstract:** The time has come, given the relative maturity of the jurisprudence of the Court of Justice of the European Union, regarding the peculiarities linked to the protection of fundamental rights in EU system of civil judicial cooperation to dedicate a detailed investigation and in the field of incidence of EU Charter of Fundamental Rights on EU's legal system, as well as the specific modalities that affects the elaboration and application of the instruments of civil judicial co-operation.

**Keywords:** CFREU, European Union integration, private international law, civil judicial cooperation, protection of fundamental rights.

**Resumen:** Ha llegado el momento, dada la relativa madurez de la jurisprudencia del Tribunal de Justicia de la Unión Europea, en relación con las peculiaridades relacionadas con la protección de los derechos fundamentales en el sistema de cooperación judicial civil de la UE para dedicar una investigación detallada y en el campo de la incidencia. de la Carta de los Derechos Fundamentales de la UE sobre el sistema legal de la UE, así como las modalidades específicas que afectan la elaboración y aplicación de los instrumentos de cooperación judicial civil.

**Palabras clave:** CFREU, integración de la Unión Europea, derecho internacional privado, cooperación judicial civil, protección de los derechos fundamentales.

**Summary:** I.Introduction; II.Weightting between conflicting rights; III.CFREU as a parameter of validity in EU law; IV.Civil judicial cooperation and the principle of mutual recognition; V.Civil judicial cooperation and values inherent to protection of fundamental rights; VI.The scope of application of CFREU in the system of civil judicial cooperation; VII.Weightting between rights as a general interpretative criterion in civil judicial cooperation; VIII.Interpretation of EU and national rules in accordance with CFREU on civil judicial cooperation; IX.Use of CFREU rules for the interpretation of general concepts of private international law; X.Impact of CFREU on the identification of jurisdiction titles and connection criteria; XI.Concluding remarks.

## I. Introduction

1. EU civil judicial cooperation is declined within a highly fragmented system with frequent adoption of instruments dedicated simultaneously to the recognition of decisions and jurisdiction, but also to the designation of applicable law<sup>1</sup>. The development of more and more advanced systems in terms of integration of national legal systems has been encouraged, as demonstrated by the abolition of *exequatur*<sup>2</sup>, which has only recently taken place in some areas<sup>3</sup>: the creation of a European enforcement order, the trend to remove any space left to titles of jurisdiction of state origin and the institution a certificate of European succession<sup>4</sup>.

2. With the now acquired awareness of expansive effectiveness of above all regional international norms in the field of human rights and to private international law and procedure matters whose objectives and methods have long overcome the traditional connotation of neutrality, may be largely conditioned by the need to build certain material results, which the state, without prejudice to the right to choose the most appropriate means for this purpose, has the international obligation to guarantee individuals.

3. The growing importance of coordination between requirements underlying the protection of human rights and specific aims of various areas of private international law and procedure is also worthy of note. Much less attention has, however, been reserved until now to the systematic impact of the Charter for the Fundamental Rights of the European Union (CFREU) as a primary source within EU on judicial cooperation in civil matters<sup>5</sup>.

4. A survey related to this profile appears particularly necessary. Different are the same instruments adopted by the Union in this area and this before were clearly defined in EU's legal system<sup>6</sup>, as it results from the explicit mention of specific provisions in the preamble or in the text of Union's single acts. The Court of Justice of the European Union (CJEU) again is protagonist to the interpretation of these instruments. References to single CFREU dispositions appear even on direct solicitation of natio-

<sup>1</sup> The present paper is updated until February 2019. D. LIAKOPOULOS, *Recognition and enforcement of foreign sentences in European Union context: The Italian and German private international law cases*, in *International and European Union Legal Matters-working paper series*, 2010.

<sup>2</sup> R.M. MOURA RAMOS, *Estudos de direito internacional privado da União Europeia*, Coimbra University Press, Coimbra, 2016.

<sup>3</sup> D. SCRAMM, *Enforcement and the abolition of exequatur under the 2012 Brussels I Regulation*, in *Yearbook of Private International Law*, 2013/2014, pp. 144ss. R.M. MOURA RAMOS, *Estudos de direito internacional privado da União Europeia*, Coimbra University Press, Coimbra, 2016.

<sup>4</sup> For further details see: G. PALAO MORENO, G., ALONDO LANDETA, I., BUIGES, (dirs.), *Sucesiones internacionales. Comentarios al Reglamento (UE) 650/2012*, Marcial Pons, Valencia, 2015, pp. 58ss.

<sup>5</sup> C. MONEREO ATIENZA, J.L. MONEREO PÉREZ, *La Europa de los derechos. Estudio sistemático de la Carta de los derechos fundamentales de la Unión Europea*, ed. Comares, Granada, 2012.

<sup>6</sup> According to the recital n. 33 of the Regulation n. 2201/2003. Council Regulation (EC) No 2201/2003 of 27 November 2003 concerning jurisdiction and the recognition and enforcement of judgments in matrimonial matters and the matters of parental responsibility, repealing Regulation (EC) No 1347/2000. A proposal for a revised Regulation was adopted by the European Commission on June 30, 2016. Proposal for a Council Regulation on jurisdiction, the recognition and enforcement of decisions in matrimonial matters and the matters of parental responsibility, and on international child abduction (recast), COM(2016) 411 final. See from the CJEU, C-404/14 *Matoukovà* of 6 November 2015, ECLI:EU:C:2015:653, published in the electronic Reports of the cases. See in argument: M. STORME, *Harmonisation of civil procedure and the interaction with substantive private law*, in X.E. KRAMER, C.H. VAN RHEE, *Civil litigation in a globalizing World*, T.M.C. Asser Press, The Hague, 2012, pp. 142ss. W. VAN BALLEGOOI, *The nature of mutual recognition in European law*, ed. Intersentia, Antwerp & Oxford, 2015. C.M. CAAMIÑA DOMÍNGUEZ, *La "supresión" del exequatur en el R 2201/2003*, in *Cuadernos de Derecho Transnacional*, 3, 2011, pp. 66ss. G. CUNIBERTI, *Abolition de l'exequatur et présomption de protection des droits fondamentaux*, in *Revue Critique de Droit International Privé*, 103 (1), 2014, pp. 304ss. T. PFEIFFER, *The abolition of exequatur and the free circulation of judgments*, in F. FERRARI, F. RAGNO (eds), *Cross-border litigation in Europe: the Brussels I Recast Regulation as a panacea?*, ed. Wolters Kluwer/Cedam, The Hague, 2016, pp. 188ss. M. THÔNE, *Die Abschaffung des Exequaturverfahrens und die EuGVVO. Veröffentlichungen zum Verfahrensrecht*, ed. Mohr Siebeck, Tübingen, 2016. A. HAMED, K. TATSIANA, *A step forward in the harmonization of European jurisdiction: Regulation Brussels I Recast*, in *Baltic Journal of Law & Politics*, 9, 2016, pp. 162ss.

nal judgments in an ever less sporadic way. This phenomenon intersects with the consequences that the application of the same CFREU before the national court is intended to produce and to the presence of different categories of provisions inside to its text.

5. CFREU can determine a particularly significant impact with respect to the implementation of acts pursuant to art. 81 Treaty on Functioning of the European Union (TFEU)<sup>7</sup>, in as much as it takes place, by virtue of the instruments of private and procedural international law, according to peculiar mechanisms therefore different from those found in other Union policies. This follows from the fact that these acts regulate only certain aspects of civil procedure, while most procedural aspects<sup>8</sup> and the application of laws referred to conflict rules, even in the context of transnational disputes, remain under the responsibility of member states and certain efforts of the Union legislator towards the harmonization of procedural<sup>9</sup> or material rules. It is difficult to clearly delineate a line of demarcation between the profiles of protection of fundamental rights and those of internal importance before considering CFREU's impact and limits.

## II. Weighting between conflicting rights

1. A situation of potential contrast between subjective positions can arise in multiple contexts, whenever the values pursued by the individual provisions cannot be simultaneously realized in their entirety, but constitute reciprocal limits to their respective exercise and therefore to their protection. At the same time, it must be borne in mind that the possible competition between several fundamental rights guaranteed by CJEU is likely to be examined whatever the purpose for which these rights are invoked.

<sup>7</sup> For further details and analysis see: A. HARTKAMP, C. SIBURG, W. DEVROE, *Cases, materials and text on European Union law and private law*, Hart Publishing, Oxford & Oregon, Portland, 2017, pp. 282ss. K. LENAERTS, I. MASELIS, K. GUTMAN, *European Union procedural law*, Oxford University Press, Oxford, 2014, pp. 133ss. M. WIEZBOWSKI, A. GUBRYNOWICZ, *International investment law for the 21st century*, Oxford University Press, Oxford, 2015. A.H. TÜRK, *Judicial review in European Union law*, Edward Elgar Publishers, Cheltenham, 2010. L. WOODS, P. WATSON, *Steiner & Woods European Union law*, Oxford University Press, Oxford, 2017, pp. 37ss. C. BARNARD, S. PEERS, *European Union law*, Oxford University Press, Oxford, 2017, pp. 788ss. E. BERRY, M.Y. HOMEWOOD, B. BOGUSZ, *Complete European Union law. Texts, cases and materials*, Oxford University Press, Oxford, 2013. G. CONWAY, *European Union law*, ed. Routledge, London & New York, 2015. F. NICOLA, B. DAVIES, *European Union law stories*, Cambridge University Press, Cambridge, 2017. J. USHERWOOD, S. PPINDER, *The European Union. A very short introduction*, Oxford University Press, Oxford, 2018. J.L. DA CRUZ VILAÇA, *European Union law and integration. Twenty years of judicial application of European Union law*, Hart Publishing, Oxford & Oregon, Portland, 2014. T.H. FOLSOM, *Principles of European Union law, including Brexit*, West Academic, Minnesota, 2017, pp. 278ss. R. GEIGER, D.E. KHAN, M. KOTZUR, *EU/AEUV*, C.H. Beck, München, 2016. M. DECHEVA, *Recht der europäischen Union*, ed. Nomos, Baden-Baden, 2018. C. BARNARD, S. PEERS, *European Union law*, Oxford University Press, Oxford, 2017, pp. 586ss. N. FOSTER, *European Union law directions*, Oxford University Press, Oxford, 2016. A. THIES, *International trade disputes and European Union liability*, Cambridge University press, Cambridge, 2013.

<sup>8</sup> D. LIAKOPOULOS, *The influence of EU law on national civil procedural law: Towards the adoption of common minimum standards? - La influencia de la legislación de la UE en el derecho procesal civil nacional: ¿hacia la adopción de normas mínimas comunes?*, in *Revista General de Derecho Europeo*, 46, 2018

<sup>9</sup> A further element of speciality is constituted by the tendentially "horizontal structure of the process" as we have noted through the case *Povse v. Alpagó* (C-211/10 PPU, *Povse* of 1st July 2010, ECLI:EU:C:2010:400, I-06673) on the execution of a provision ordering the return of a child subject to international subtraction pursuant to art. 11, par. 8 of Regulation n. 2201/2003 was closed with two appeals brought by both parties to the European Court of Human Rights (ECtHR) for antithetical violations of art. 8 of the European Convention of Human Rights (ECHR) da parte dell'Austria (ECtHR, *Povse v. Austria* of 18 June 2013 and *M.A. v. Austria v. Austria* of 15 January 2015). For further details see: V. LAZIĆ, *Family private international law issues before the European Court of Human Rights. Lessons to be learned from Povse v. Austria in revising the Brussels II Regulation*, in C. PAULUSSEN, T. TUKÁCS, B. VAN ROMPUY, *Fundamental rights in international and European law*, T.M.C. Asser Press & Springer, Berlin, 2016, pp. 162ss. M. HAZELHORST, *The ECtHR's decision in Povse: Guidance for the future of the abolition of exequatur from civil judgments in the European Union*, in *Nederlands International Privatrechts-NIPR*, 2014, pp. 28ss. With the aforementioned cases we can understand that a certain "obstacle"/impediment with respect to civil judicial cooperation is presented towards a form of declination of an approach to fundamental rights according to the traditional scheme linked to the state-in-individual relationship. The application of the rules of international private and procedural law of the European Union is likely to deny competition between opposing fundamental rights and therefore to impose the use of an evaluation parameter based on the weighting of the values. In the same spirit see also: T. LIEFAARD, J. SLOTH-NIELSEN, *The United Nations Convention on the rights of the child*, ed. Brill, The Hague, 2016, pp. 228ss. X.E. KRAMER, *Cross border enforcement and the Brussels I-bis Regulation. Towards a new balance between mutual trust and national control over fundamental rights*, in *Netherlands International Law Review*, 60 (3), 2013, pp. 346ss.



2. In the jurisprudence of CJEU, situations have long emerged with respect to which competition between fundamental rights can arise and therefore the joint consideration of the same is required. Such a scenario has been examined several times with reference to the protection of personal data and privacy. Prior to the entry into force of the Treaty of Lisbon, in the *Promusicae* of 29 January 2008<sup>10</sup> CJEU ruling noted that the rights of which the association of producers and publishers solicited respect and precisely copyright (brought back by CJEU to guarantee the right of property) and the right to an effective judicial review, were protected by CFREU. But on the other hand, he underlined the fact that they had to be coordinated with the right to respect private life. Reaffirming a solution already proposed by its previous jurisprudence regarding the circulation of personal data<sup>11</sup>, CJEU emphasized the need to identify a “right balance”<sup>12</sup> between the opposing rights and specified that it must be based on the interpretation of relevant EU act and national transposing legislation, as well as guaranteed by member state authorities. This approach implies not only timely constraints in relation to the interpretation of European and state discipline that comes from time to time, excluding its compatibility with CFREU when it is not inspired in the abstract, to the criterion of “right balance”; but above all it requires an examination of individual’s concrete case, in order to assess whether the reconciliation between various fundamental rights can be achieved.

3. The same solution was repeated in similar cases<sup>13</sup> in which it was necessary to reconcile the guarantee of intellectual property rights (and possibly of the right to effective judicial protection) with different categories of rights, which include the right to privacy, freedom of enterprise and the right to communicate and receive information<sup>14</sup>. In such cases the criterion of “fair balance” was understood as not being compatible with the necessity of protection of fundamental rights national provisions<sup>15</sup> which establish suitable measures to unconditionally privilege one of the fundamental rights in competition with each other, while acceptable to impose restrictions on a right in order to guarantee the other<sup>16</sup>.

4. It is apparent from this case-law that a particularly relevant element for assessing the existence of a fair balance is the fact that EU legislature has taken into account this need to reconcile the various fundamental rights by adopting provisions intended for that purpose.

5. This solution appears to be consistent with the provisions of art. 52, par. 1 CFREU<sup>17</sup> which admits limitations of fundamental rights when “they effectively meet (...) the need to protect the rights and freedoms of others”<sup>18</sup>. The criterion of “fair balance” seems to constitute a general model to ensure the co-

<sup>10</sup> CJEU, C-275/06, *Promusicae* of 29 January 2008, ECLI:EU:C:2008:54, I-00271.

<sup>11</sup> According the sentence from the CJEU: C-101/01, *Lindqvist* of 6 November 2003, ECLI:EU:C:2003:596, I-12971.

<sup>12</sup> D. SUŠNJAR, *Proportionality, fundamental rights and balance of powers*, ed. Brill, The Hague, 2010

<sup>13</sup> CJEU, C-484/14, *McFadden* of 15 September 2016, ECLI:EU:C:2016:689; C-160/15, *GS Media* of 8 September 2016, ECLI:EU:C:2016:644, C-580/13, *Coty Germany* of 16 July 2015, ECLI:EU:C:2015:485, C-314/12, *UPC Telekabel Wien* of 27 March 2014, ECLI:EU:C:2014:192; C-461/10, *Bonnier Audio and others* of 19 April 2012, ECLI:EU:C:2012:219; C-360/10, *Belgische Vereniging van Auteurs* of 16 February 2012, ECLI:EU:C:2012:85, all the above cited cases was published in the electronic Reports of the cases. See also: C-70/10, *Scarlet Extended* of 24 November 2011, ECLI:EU:C:2011:771, I-11059. For further details see: O.A. RONGSTAD, *Property aspects of intellectual property*, Cambridge University Press, Cambridge, 2018.

<sup>14</sup> V. KOSTA, *Fundamental rights in EU internal market legislation*, Hart Publishing, Oxford & Oregon, Portland, 2015, pp. 92ss.

<sup>15</sup> CJEU, C-468/10, *ASNEF and FECEMD* of 24 November 2011, ECLI:EU:C:2011:777, I-12181.

<sup>16</sup> The situation appears different in the judgment of the CJEU, C-362/14, *Schrems* of 6 October 2015, ECLI:EU:C:2015:650, published in the electronic Reports of the cases, in which no conflicting rights were discussed but the right to privacy was compressed to facing public security needs. In the sense that in such a case, the very essence of the right being in any case, there could not be any space for a balance. For further details see: T. OJANEN, *Making the essence of fundamental rights real. The Court of Justice of the European Union clarifies the structure of fundamental rights under the Charter*, in *European Constitutional Law Review*, 12, 2016, pp. 220ss. S. GREER, J. GERARDS, R. SLOWE, *Human rights in the Council of Europe and the European Union. Achievement, trends and challenges*, Cambridge University Press, Cambridge, 2018, pp. 328ss. J. WOUTERS, C. RRYNGAERT, T. RUYSS, *International law. A European perspective*, Hart Publishing, Oxford & Oregon, Portland, 2018.

<sup>17</sup> X. GROUSTOT, G.T. PETURSSON, *The EU Charter of the Fundamental Rights five years on. The emergence of a new constitutional framework?*, in S. DE VRIES, U. BERNITS, S. WEATHERILL, *The EU Charter of Fundamental Rights as a binding instrument. Five years old and growing*, Oxford University Press, Oxford, 2015.

<sup>18</sup> S. DE VRIES, U. BERNITS, S. WEATHERILL, *The EU Charter of Fundamental Rights as a binding instrument. Five years old and growing*, Oxford University Press, Oxford, 2015.

existence of conflicting rights<sup>19</sup> even if it was used by CJEU in an inconsistent manner, sometimes ensuring a clear prevalence of one of the competing rights<sup>20</sup>, especially where this corresponded to one of the imperative requirements to which CJEU had previously referred in its jurisprudence on freedom of movement<sup>21</sup>.

**11.** A different solution could be prefigured in hypothesis, in which the importance of one of the subjective positions involved is such as not to tolerate exceptions or restrictions as belonging to the category of rights that have been defined as “absolute”. The very nature of the latter could determine the necessity of resorting to a criterion not attributable to the “right balance” even if it seems to be excluded that in the matter of protection of fundamental rights a mechanical criterion of prevalence can take place, on the other not applicable not even when a right of an absolute nature should be weighted with respect to the needs of a public nature<sup>22</sup>. It is strongly emphasized by CJEU the need to guarantee, obviously through judicial

<sup>19</sup> CJEU, C-547/14, *Philip Morris Brands* of 4 May 2016, ECLI:EU:C:2016:325; C-426/11, *Alemo-Herron and others* of 18 July 2013, ECLI:EU:C:2013:521, par. 30ss, above the cited cases published in the electronic Reports of the cases. See also: C-324/09, *L'Oréal and others* of 12 July 2011, ECLI:EU:C:2011:474, I-06011, par. 143. For further details and analysis see: J. MENDES, I. WENZKE, *Allocating authority: Who should do what in European and international law*, Hart Publishing, Oxford & Oregon, Portland, 2018. C. TWIGG-FLESNER, *Research handbook on EU consumer and contract law*, Edward Elgar Publishers, Cheltenham, 2016, pp. 124ss. M. HOSOVEC, *Injunctions against intermediaries the European Union*, Cambridge University Press, Cambridge, 2017.

<sup>20</sup> As we can see in the case CJEU, C-12/11, *McDonagh* of 31 January 2013, ECLI:EU:C:2013:43, published in the electronic Reports of the cases.

<sup>21</sup> For further details see: P. OLIVER, *Free movement of goods in the European Union*, Hart Publishing, Oxford & Oregon, Portland, 2010, pp. 228ss.

<sup>22</sup> CJEU, C-578/16, *C.K. and others v. Republika Slovenija* of 16 February 2017, ECLI:EU:C:2017:127, joined cases C-404/15 and C-659/15, *P. Aranyosi and R. Căldăraru* of 5 April 2016, ECLI:EU:C:2016:198, above the cited cases published in the electronic Reports of the cases. In particular the attitude of the Luxembourg courts in relation to the interpretation of the principle of mutual recognition and mutual trust in civil procedural matters is intended to align with the “warnings” enucleated by the European Court in Avotinš. The reasons behind the less rigorous interpretation of this principle in the aforementioned ruling-based on the derivation of a new mandatory reason for non-execution of a European arrest warrant, where such execution exposes the person concerned to the actual risk of suffering treatment inhuman or degrading-they can not in fact move perfectly within the civil procedural matter, considering the ontological difference of the fundamental rights at stake. The CJEU has gone further on the mutual recognition and has been based on another interpretative way stating that the art. 3 of the ECHR and 4 of the CFREU must be interpreted: “(...) in a convergence between (...)”. In particular the Advocate General Yves Bot has declared that: “(...) In the Advocate General’s search for balance he considers first whether Article 1(3) FDEAW constitutes a ground for non-execution of an arrest warrant. He rejects such a notion for the following three reasons. First off, interpreting Article 1(3) as a non-execution ground would run counter to the phrasing of that Article, which due to its place and wording does not express a non-execution ground, but rather the principle of mutual trust. Secondly, such a notion would not be in agreement with the EU legislator’s intent to create a system of surrender with exhaustively enumerated non-recognition grounds, whereby, in addition to the grounds in Articles 3, 4, and 4a FDEAW, only in the exceptional circumstances described in Recitals (10) and (13) surrender can be suspended or removal, expulsion or extradition can be prohibited. Last, a ground of non-recognition in Article 1(3) would severely damage mutual trust between judicial authorities on which the Framework Decision is based and would, as a result, make the principle of mutual recognition meaningless (...)”. We are also talking about another principle-value of the Union, that of proportionality as a balancing of interests and the widening of the discretionary sphere of the internal judge, and the circumstances in speciem. Criminal cooperation does not seem to be comparable with the similar ground and dates back to the experience of the single market, in terms of decisive jurisprudential protagonism. Let us not forget that criminal cooperation has been based on the definition of common minimum standards for delineating spaces and limits of cooperation between judicial and police authorities in the areas selected by the Member States and by the Union legislator. Of course we can speak of a positive and normative unification for years in the criminal sector and especially after the Treaty of Lisbon the merit belongs to the principle of mutual recognition of judicial decisions which continues to guarantee a median solution to integration that is summarized in the protection of rights fundamental rights, the inalienable rights of individuals and a continuous progress dictated by the Member States towards an increasingly active and proactive contribution, a harbinger of innovations and achievements with the main objective among others the continuous accelerated integration but within a harmonious development and development of all the individual interest and not the state one. S. GÁSPÁR-SZILÁGYI, *Joined cases Aranyosi and Căldăraru. Converging human rights standards, mutual trust and new grounds for postponing a European arrest warrant, in European Journal of Crime, Criminal Law and Criminal Justice*, 24 (1), 2016, pp. 198ss. K. BBOVEND’ EERDT, *The joined cases Aranyosi and Căldăraru: A new limit to the mutual trust presumption in the Area of Freedom, Security and Justice?*, in *Utrecht Journal of International and European Law*, 32, 2016, pp. 112ss. M. GUIRESSE, *Confiance mutuelle et mandat d’arrêt européen: Evolution ou inflexion de la Cour de justice?*, in *GDR-ELSJ*, 12 avril 2016. R. NIBLOCK, *Mutual recognition, mutual trust?: Detention conditions and deferring an EAW*, in *New Journal of European Criminal Law*, 24 (2) 2016, pp. 250ss. A.E. VERVAELE, *Mutual legal assistance in criminal matters to control (transnational) criminality*, in N. BOISTER, R.J. CURRIE (a cura di), *Handbook of transnational criminal law*, ed. Routledge, London & New York, 2015, pp. 123ss. N. SYBESMA-KNOL, *The European system for the promotion and protection of human rights*, in *Georgia Journal of International & Comparative*

review, an approach aimed at searching the characteristics of individual concrete case for the balance between the competing prerogatives of the various subjects protected by the different provisions of CFREU.

### III. CFREU as a parameter of validity in EU law

1. The use of interpretation of the rules contained in the acts of EU secondary legislation in accordance with CFREU may prove insufficient to guarantee compliance with the same as a text belonging to primary law. CJEU pre Treaty of Lisbon had abstractly affirmed the possibility of verifying the validity of acts of the institutions in relation to their compatibility with the principles relating to the protection of fundamental rights<sup>23</sup>, making it clear the consequences that a possible antinomy not resolvable by way of interpretation would have determined the declaration of invalidity of the act.

2. This possibility was permissible for any act of institutions and also included those that approved<sup>24</sup> or that would implement international agreements having been clearly stated that “(...) the obligations imposed by an international agreement cannot have the effect of compromising the principles of constitutional provisions of EC Treaty, among which is the principle that all Community acts must respect fundamental rights (...)”<sup>25</sup>.

3. By the jurisprudence of CJEU it seems to be possible to derive that following the attribution to CFREU of the same legal value of the treaties, this model has found a more solid foundation. Although CJEU continues to recall together with CFREU also the general principles of law as a source on which the need to protect fundamental rights is based, the simultaneous presence of a written source has certainly produced certain repercussions<sup>26</sup>. They concern both the position of national courts, as it has made it easier to identify possible parameters of legitimacy of Union acts that refer to fundamental

---

*Law*, 20, 2014. N. FOSTER, *European Union law directions*, Oxford University Press, Oxford, 2014, pp. 51ss. D. MANSELL, *The European arrest warrant: The role of Judges when human rights are at risk*, in *New Journal of European Criminal Law*, 2 (1), 2011, pp. 133ss. A. TINSLEY, *Protecting criminal defence rights through EU Law: Opportunities and challenges*, in *New Journal of European Criminal Law*, 3 (3), 2013, pp. 461ss. L. WOODS, P. WATSON, *Steiner & Woods European Union law*, op. cit., pp. 37ss. L. ACHMAIER, *Mutual recognition instruments and the role of the CJEU: The grounds for non-execution*, in *New Journal of European Criminal Law*, 5 (4), 2015, pp. 505ss. E. SMITH, *Running before we can walk? Mutual recognition at the expense of fair trials in Europe's Area of Freedom, Justice and Security*, in *New Journal of European Criminal Law*, 3 (1), 2013, pp. 82ss. S. SWOBODA, *The self-perception of the European Court of Justice and its neglect of the defense perspective in its preliminary rulings on judicial cooperation in criminal matters: A small note on a fundamental misunderstanding*, in *Zeitschrift für Internationale Strafrechtsdogmatik*, 2015, pp. 361ss. M.P. BROBERG, N. FENGER, *Preliminary references to the Court of Justice of the European Union and the right to a fair trial under article 6 ECHR*, in *European Law Review*, 23 (4), 2016, pp. 602ss.

<sup>23</sup> CJEU, C-11/70, *Handelsgesellschaft of 17 December 1970*, ECLI:EU:C:1970:114, I-01125. In particular stated that: “the fact that they are impaired or the fundamental rights enshrined in the constitution of a Member State (...) can not diminish the validity of a Community measure or its effectiveness in the territory of the same State (...) it is however appropriate to ascertain whether it has not been violated no similar guarantee, inherent in Community law (...) the protection of these rights, while being informed of the constitutional traditions common to the Member States, must be guaranteed within the framework of the structure and the objectives of the Community (...)”. C-274/99, *Connolly v. Commission of 6 March 2001*, ECLI:EU:C:2001:127, I-01611, In the same spirit see the opinion 2/94 of 28 March 1996, ECLI:EU:C:1996:140. For further details see: D. LIAKOPOULOS, *Interactions between European Court of Human Rights and private international law of European Union*, in *Cuadernos de Derecho Transnacional*, 10 (1), 2018.

<sup>24</sup> CJEU, C-122/95, *Germany v. Council of 10 March 1998*, ECLI:EU:C:1998:94, I-00973. For further details see: M. MENDEZ, *The legal effects of EU agreements*, Oxford University Press, Oxford, 2013.

<sup>25</sup> CJEU, joined cases: C-415/05 P, *Kadi & Al Barakaat Int'l Foundation v. Council of 8 November 2008*, ECLI:EU:C:2008:461, I-6351. For details see, R. UERPMMANN-WITZACK, *Rechtsfragen und Rechtsfolgendes Beitritts der Europäischen Union zur EMRK*, in *Europarecht*, 2012, pp. 167ss. C. NOWAK, *Europarecht nach Lissabon*, ed. Nomos, Baden-Baden, 2011. D. CHALMERS, G. DAVIES, G. MONTI, *EU law*, Cambridge University Press, Cambridge, 2014. J. TILLOTSON, N. FOSTER, *Text, cases and materials on EU law*, Gavedish Publishing, New York, 2013. M. HORSPOOL, M. HUMPHREYS, *EU law*, Oxford University Press, Oxford, 2012, pp. 552ss. H. SATZGER, *International and European criminal law*, Hart Publishing, Oxford & Oregon, Portland, 2017. T. OPPERMMANN, C.D. CLASSEN, M. NETTESHEIM, *Europarecht*, C.H. Beck, München, 2016.

<sup>26</sup> In argument see: D. SARMIENTO, *Who's afraid of the Charter? The Court of Justice, national courts and the new framework of fundamental rights protection in Europe*, in *Common Market Law Review*, 50, 2013, pp. 1268ss.

rights, shifting their attention to national constitutional framework<sup>27</sup>; is that of CJEU itself which has shown that it wishes to have more active use of these rules to examine the validity of EU acts.

**15.** First of all, it is significant that for the first time during the advisory procedure provided for by art. 218, par. 11 TEU<sup>28</sup>, CJEU considered that a draft agreement concluded by the Union should be considered contrary to primary law for reasons connected to the protection of fundamental rights. In the opinion n. 1/15 on the projected agreement between Canada and EU on the transfer and processing of Passenger Name Record (PNR)<sup>29</sup> the compatibility of this text with some provisions of CFREU was examined.

**16.** CJEU considered de plano falling within the scope of application of the advisory procedure evidently because of the nature of primary right now attributed to CFREU, the latter stated that with respect to the right to personal data protection, CFREU would refer only to art. 8 CFREU not to art. 16 TFEU<sup>30</sup> because the first provision established the conditions of data processing in a more specific way. It found that the provisions of the proposed agreement constituted interference with the right to privacy and in the right to protection of personal data, which it felt as a result of a penetrating and complex control partly not supported by sufficient justification and not consistent with the provisions contained on the point in CFREU.

**17.** This approach is consistent with the one on several occasions followed by CJEU with reference to secondary legislation, the validity of which has been examined in relation to specific provisions of CFREU. Some conclusions can be drawn from this developed practice.

**18.** Some provisions do not have the necessary characteristics to be used in practice as a parameter of validity of institutions' acts. This applies in particular, according to the orientation expressed in Glatzel judgment of 22 May 2014<sup>31</sup>, where they contain "principles" and are consequently unsuitable to confer rights to individuals, but also when they correspond to provisions of Treaties with respect to which CJEU exercises a non-full control<sup>32</sup>.

**19.** Compared to the other provisions of CFREU that can effectively constitute a parameter of validity of Union's acts, CJEU exercises its control on the basis of the paradigm established by art. 52, par. 1 CFREU<sup>33</sup>. Following this *modus procedendi* CJEU every time he ascertains that the act of the Union brings a limitation to one of the rights protected by CFREU, he declares him invalid when he ve-

<sup>27</sup> D.H. AUGENSTEIN, *Engaging the fundamentals. On the autonomous substance of EU fundamental rights law*, in *German Law Journal*, 14, 2013, pp. 1918ss.

<sup>28</sup> CH. HILLION, P. KOUTRAKOS, *Mixed agreements revisited*, Oxford University Press, Oxford, 2010, pp. 342ss. M. GATTI, P. MANZINI, *External representation of the European Union in the conclusion of international agreements*, in *Common Market Law Review*, 49, 2012, pp. 1704ss. A. HARTKAMP, C. SIBURGH, W. DEVROE, *Cases, materials and text on European Union law and private law*, Hart Publishing, Oxford & Oregon, Portland, 2017, pp. 282ss.

<sup>29</sup> CJEU, *Opinion n. 1/15* of 26 June 2017, ECLI:EU:C:2017:656, published in the electronic reports of the cases. For further details see: E. CARPNERI, N. LAZZERINI, *PNR: Passenger Name Record, problems not resolved? The EU PNR conundrum after Opinion 1/15 of the CJEU*, in *Air and Space Law*, 42 (4/5), 2017, pp. 379ss.

<sup>30</sup> CJEU, C-52/16, *Segro* of 6 March 2018, ECLI:EU:C:2018:157, published in the electronic Reports of the cases. For further details and analysis see: N. VANDELLE, *Le contrôleur européen de la protection des données et la protection des données personnelles dans l'administration européenne*, in *Revue du Marche Commun et de l'Union Européenne*, 2012, n. 555, pp. 44ss. F. NICOLA, B. DAVIES, *European Union law stories*, Cambridge University Press, Cambridge, 2017. J. USHERWOOD, S. PINDER, *The European Union. A very short introduction*, Oxford University Press, Oxford, 2018.

<sup>31</sup> CJEU, C-356/12, *Glatzel* of 22 May 2014, ECLI:EU:C:2014:350, published in the electronic Reports of the cases.

<sup>32</sup> As we notice in the case C-444/15, *Associazione Italia Nostra* of 21 December 2016, ECLI:EU:C:2016:978, published in the electronic reports of the cases, that it has been stated that: "(...) that Article 38 of the Charter corresponds to Article 191 of the TFEU, with respect to which, according to an approach developed with reference to the corresponding environmental regulations of the TEC, the trade union The Court must necessarily confine itself to verifying whether the European Parliament and the Council of the European Union (...) have committed a manifest error of assessment (...)". In argument see also: A. SIKORA, *The principle of a high level of environmental protection as a source of enforceable rights*, in *Cahiers de Droit Européenne*, 52 (1), 2016, pp. 400ss. F. PICOD, S. VAN DROGHENBROECK, *Charte des droits fondamentaux de l'Union européenne: Commentaire article par article*, ed. Bruylant, Bruxelles, 2017.

<sup>33</sup> A. BIONDI, P. ECKHOUT, S. RIPLEY, *EU law after Lisbon*, Oxford University Press, Oxford, 2012, pp. 156ss.

ifies that this limitation is not respectful of one of the mentioned requisites<sup>34</sup>. A different approach could naturally be prefigured for rights considered to be of an absolute nature and not susceptible of tolerating limitations of any kind. However, the case law of CJEU has not examined for the time being questions of compatibility of acts of the Union with rights having such characteristics. From the absolute nature of these rights it must be consistently assumed that the relative provisions do not tolerate restrictions, not even in compliance with the requirements of art. 52 CFREU so that the provisions of secondary law that claim to limit these rights should be considered invalid.

#### IV. Civil judicial cooperation and the principle of mutual recognition

**20.** EU civil judicial cooperation policy is regulated in terms of primary law by art. 81 TFEU<sup>35</sup>, although this provision contains mainly rules aimed at attributing and delimiting the competence of Union institutions in this matter and defining legislative procedures, it also has a substantial pruning, where it identifies the principle of mutual recognition of judicial and extrajudicial decisions as foundation of this cooperation.

**21.** The meaning of this indication contained in art. 81 TFEU deserves a reflection on mutual recognition, which is a very important institution in EU, initially developed with reference to freedoms of movement provided by Treaty of Rome in the logic of allowing the functioning of the single market. In *speciem*, in the context of the free movement of goods, the principle of mutual recognition emerged as a result of the persistence of a system characterized by a plurality of national regulations, allowing to identify a precise obligation of member states to recognize the regulations of other states as equivalent to their own, subject to certain exceptional hypotheses, to be interpreted restrictively. Such an obligation was derived directly by art. 30 EEC (provision corresponding to the current article 34 TFEU)<sup>36</sup> that the CJEU has consistently deemed suitable to produce direct effects.

**22.** This long-standing principle of other EU policies has long been referred to in relation to civil judicial cooperation in which it has always been anchored in the recognition of judicial and extrajudicial decisions, which is one of the traditional spheres of private and procedural international law.

**23.** Just remember that already art. 220 of the Treaty of Rome proposed the need for negotiations between member states in order to guarantee, together with other objectives, “the simplification of formalities to which mutual recognition and execution of judicial decisions and arbitration rulings are subjected”<sup>37</sup>. When the civil judicial cooperation has become a policy of the then European Community, art. 65 of TCE<sup>38</sup> introduced by Maastricht Treaty, also provided that this competence included *inter alia* the adoption of measures to improve and simplify the recognition and enforcement of judgments on civil and commercial matters, including out-of-court decisions. After the “communitarization” of civil judicial cooperation, European institutions have rapidly intended to mark with particular emphasis the element of mutual recognition of decisions that has been identified as a cardinal element of this policy

<sup>34</sup> CJEU, joined cases C-92 and 93/09, *Volker and Markus, Schecke and Eifert*, of 9 November 2010, ECLI:EU:C:2010:662, I-11063, par. 65, C-291/12, *Schwarz* of 17 October 2013, ECLI:EU:C:2013:670, par. 31; joined cases C-293 and C-594/12, *Digital Rights Ireland and Seitlinger and others* of 8 April 2014, ECLI:EU:C:2014:238, par. 49. C-157/14, *Neptune Distribution* of 17 December 2015, ECLI:EU:C:2015:823, par. 68ss. C-134/15, *Lidl GmbH* of 30 June 2016, ECLI:EU:C:2016:498, par. 31, all the above cited cases published in the electronic Reports of the cases. C-190/16, *Fries* of 5 July 2017, ECLI:EU:C:2017:513, not yet published, par. 35ss. For further details and analysis see: A. TAMÓ-LARRIEUX, *Designing for privacy and its legal framework. Data protection by design and default for the internet of things*, ed. Springer, Berlin, 2018.

<sup>35</sup> D.A.O. EDWARD, R. LANE, *Edward and Lane on European Union law*, Edward Elgar Publishers, Cheltenham, 2013. C. NNOWAK, *Europarecht nach Lissabon*, ed. Nomos, Baden-Baden, 2011. D. CHALMERS, G. DAVIES, G. MONTI, *European Union law*, Cambridge University Press, Cambridge, 2014.

<sup>36</sup> T.H. FOLSOM, *Principles of European Union law, including Brexit*, West Academic, Minnesota, 2017, pp. 278ss.

<sup>37</sup> M. DECHEVA, *Recht der europäischen Union*, ed. Nomos, Baden-Baden, 2018.

<sup>38</sup> C. BARNARD, S. PEERS, *European Union law*, Oxford University Press, Oxford, 2017, pp. 586ss.

since the conclusions of the Tampere European Council of 15 and 16 October 1999<sup>39</sup> and the consequent draft program adopted by the Council and the European Commission (EC)<sup>40</sup>. These guidelines have merged into art. 81 TFEU as reformulated by the Treaty of Lisbon, to indicate the main objective of civil judicial cooperation with respect to which the other competences indicated should have a servant nature<sup>41</sup>.

**24.** Despite this evolution, art. 81 TFEU continues to refer explicitly only to the recognition of judicial and extrajudicial decisions<sup>42</sup> and does not extend to administrative acts<sup>43</sup>, nor to subjective situations such as personal and family status, the circulation of which may be imposed on the basis of provisions of primary law relating to the free movement of persons, according to an established system by CJEU<sup>44</sup>. Obviously, this does not exclude that the concrete application of rules on effectiveness of decisions (or of rules on conflict of laws) can run contrary to obligations of recognition of subjective situations constituted abroad connected to the protection of fundamental rights arising by CFREU, as occurred in the sphere of application of the European Convention on Human Rights (ECHR)<sup>45</sup>, but this possibility does not appear directly prefigured by the provision in question.

**25.** On the other hand, the Treaty provision appears structurally different from the norm enucleated by the CJEU on the basis of the current art. 34 TFEU<sup>46</sup>, since it does not establish a punctual obligation of member states to allow the recognition of decisions, but rather identifies the general objective to be pursued through the exercise of internal and external competence of the union in this field<sup>47</sup>.

**26.** Although it is unsuitable to be immediately applied as such, the principle is nevertheless understood by Union institutions as having its own at least programmatic content, which is transfused from time to time with the appropriate adaptations within the measures adopted.

**27.** You can grope to reconstruct the contents of the principle of mutual recognition, which it concretely manifests EU law on the basis of these measures, identifying the general characteristics of

<sup>39</sup> In particular, par. 33 of the conclusions reported: “(...) the European Council therefore approves the principle of mutual recognition which, in its opinion, should become the basis of judicial cooperation in the union in both civil and criminal matters (...)”.

<sup>40</sup> Draft program of measures related to the implementation of the principle of mutual recognition of judgments in civil and commercial matters (2001/C 12/01), in OJ, no. C 12 of 15 January 2001, par. 1.

<sup>41</sup> D. LIAKOPOULOS, *First considerations and discussion of the proposed reform of litigation competences of the Court of Justice of the European Union*, in *International and European Union Legal Matters-working paper series*, 2018.

<sup>42</sup> J. TILLOTSON, N. FOSTER, *Text, cases and materials on European Union law*, Gavedish Publishing, New York, 2013. M. HORSPOOL, M. HUMPHREYS, *European Union law*, Oxford University Press, Oxford, 2012, pp. 552ss. T. OPPERMANN, C.D. CLASSEN, M. NETTESHEIM, *Europarecht*, C.H. Beck, München, 2016. R. SCHÜTZE, T. TRIDIMAS, *Oxford principles of European Union Law*, Oxford University Press, Oxford, 2018.

<sup>43</sup> With respect to this type of acts see the Regulation n. 2016/1191 of the European Parliament and the Council of 6 July 2016 which promotes the free movement of citizens by simplifying the requirements for the re-examination of certain public documents in the European Union and amending Regulation no. 1024/2012 (OJ, L 200 of 26 July 2016) adopted on the different legal basis of art. 21 TFEU, whose art. 2, par. 4 states that “this Regulation does not apply to the recognition in a Member State of the legal effects relating to the content of public documents issued by the authorities of another Member State (...)”. See also from the CJEU, conclusions in the case C-650/13, *Delvigne* of 4 June 2015, ECLI:EU:C:2015:363, published in the electronic Reports of the cases.

<sup>44</sup> On the right to name see: CJEU: C-148/02, *Garcia Avello* of 2 October 2003, ECLI:EU:C:1003:539, I-11613; C-353/06, *Grunkin and Paul* of 14 October 2008, ECLI:EU:C:2008:559, I-07639; C-208/09, *Sayn Wittgenstein* of 22 December 2010, ECLI:EU:C:2010:806, I-13693; C-391/09, *Runevič-Vardyn and Wardyn* of 12 May 2011, ECLI:EU:C:2011:291, I-03787; C-438/14, *Bogendorf von Wolfersdordd* of 2 June 2016, ECLI:EU:C:2016:401. For further details see: A. HARTKAM, C. SIBURG, W. DEVROE, *Cases, materials and text on European Union law and private law*, Hart Publishing, Oxford & Oregon, Portland, 2017.

<sup>45</sup> A. VAN HAKEN, I. MOTOC, *The European Convention on Human rights and general international law*, Oxford University Press, Oxford, 2018.

<sup>46</sup> N. FOSTER, *European Union law directions*, Oxford University Press, Oxford, 2016.

<sup>47</sup> Opinion 1/13 of 14 October 2014, ECLI:EU:C:2014:2303, published in the electronic Reports of the cases, par. 45, “(...) pursuant to Article 218 (1) and (11) TFEU, a request for an opinion may be submitted to the Court if the Union envisages concluding an agreement, which implies that the latter is to be provided by one or more institutions of the Union which is vested with powers under the procedure provided for in Article 218 TFEU (...)”. M. KLAMERT, *Dark matter: Competence, Jurisdiction and the area largely covered by EU law* □: *Comment on Lesoochranárske*, in *European Law Review*, 19 (3), 2012, pp. 340-350. P. FRANZINA, *The external dimension of EU private international law after Opinion 1/13*, Cambridge University Press, Cambridge, 2017.

the model used by the institutions to implement the objective set out in the Treaty. These characteristics, which are already partly relevant in the case law relating to the Brussels Convention and which have emerged in practice in the period immediately following the entry into force of the Amsterdam Treaty<sup>48</sup>, concern the elimination of procedures aimed at preventing recognition and enforcement of decisions from high member states; to the exceptional nature of causes which prevent the circulation of decisions, from the one hand, and those concerning jurisdiction and the applicable law from the other.

**28.** Under the first profile, moving from the principle of automatic recognition already introduced by the Brussels Convention and extended by Regulation no. 2201/2003 to the registration of the same in public registers<sup>49</sup>, the measures adopted by EU showed a clear tendency to the abolition of exequatur as a prodromal procedure to the forced execution that currently only remains between the sectors subject to uniform rules in matters of parental responsibility, inheritance, patrimonial relations between spouses and the effects of registered partnerships<sup>50</sup>. In all other matters, the execution of decisions is not subject to the requested state, being able to take place on the basis of a certificate or certificate issued in the member state of origin<sup>51</sup>.

<sup>48</sup> In the sense of continuity of competence established by art. 67, par. 4 TFEU with the acts adopted on the basis of the previous art. 65 TEC, CJEU, C-551/15, *Pula Parking* of 9 March 2017, ECLI:EU:C:2017:193, published in the electronic Report of the cases, par. 53

<sup>49</sup> This is provided for in the matter of annulment of marriage, divorce and separation, by art. 21, par. 2 of the Regulation n. 2201/2003 for the registration of the decisions in the registers of civil status, when against being no longer allowed to appeal in the State of origin.

<sup>50</sup> See in particular: Council Regulation (EU) 2016/1103 of 24 June 2016 implementing enhanced cooperation in the area of jurisdiction, applicable law and the recognition and enforcement of decisions in matters of matrimonial property regimes, OJ L 183, 8.7.2016, p. 1–29 and Council Regulation (EU) 2016/1104 of 24 June 2016 implementing enhanced cooperation in the area of jurisdiction, applicable law and the recognition and enforcement of decisions in matters of the property consequences of registered partnerships, OJ L 183, 8.7.2016.

<sup>51</sup> 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, entry in force from 10 January 2015. See in argument: P.A. NIELSEN, *The New Brussels I Regulation*, in *Common Market Law Review*, 50 (3), 2013, pp. 503ss. P. HAY, *Notes on the European Union's Brussels-I "Recast" Regulation*, in *The European Legal Forum*, 2013, pp. 2ss. M. POHL, *Die Neufassung der EuGVVO-im Spannungsfeld zwischen Vertrauen und Kontrolle*, in *Praxis des Internationalen Privat- und Verfahrensrechts*, 33, 2013, pp. 109ss. A. NUYTS, *La refonte du règlement Bruxelles I*, in *Revue Critique de Droit International Privé*, 2013, pp. 3ss. I.P. BERAUDO, *Regards sur le nouveau Règlement Bruxelles I sur la compétence judiciaire, la reconnaissance et l'exécution des décisions en matière civile et commerciale*, in *Journal du Droit International*, 2013, pp. 742ss. A. STAUDINGER, *Schiedsspruch und Urteil mit vereinbarten Wortlaut*, in *Festschrift für Friedrich Graf von Westfalen*, Dr. Otto Schmidt Verlag, Köln, 2010, pp. 662ss. V. RIJAVEC, W. JELINEK, W. BREHM, *Die Erleichterung der Zwangsvollstreckung in Europa*, ed. Nomos, Baden-Baden, 2012, pp. 214ss. V. PULJKO, *Regulation (EU) n. 1215/2012 on jurisdiction and the recognition and enforcement of judgments in civil and commercial matters with special reference to the relationship between the Regulation and arbitration*, in *Interdisciplinary Management Research*, 17, 2015, pp. 4ss. F. GASCÓN-INCHAUSTI, *La reconnaissance et l'exécution des décisions dans le règlement Bruxelles I bis*, in E. GUINARD (eds), *Le nouveau règlement Bruxelles I bis. Règlement n° 1215/2012 du 12 décembre 2012 concernant la compétence judiciaire, la reconnaissance et l'exécution des décisions en matière civile et commerciale*, ed. Larcier, Bruxelles, 2014, pp. 210ss. See in argument the next cases from the CJEU: C-368/16, *Assnes Havn v. Navigatos Management (UK) limited* of 13 July 2017, ECLI:EU:C:2017:546; C-341/16, *Hanssen Beleggingen v. Tanja Prast-Knippin* of 5 October 2017, ECLI:EU:C:2017:738; C-230/15, *Brite Strike Technologies v. Strike Strike Technologies SA* of 13 July 2016, ECLI:EU:C:2016:560; C-350/14, *Lazar v. Allianz SpA* of 10 December 2015, ECLI:EU:C:2015:802; C-536/13, *Gazprom v. Lietuvos Respublika* of 4 December 2014, ECLI:EU:C:2014:316, all the above cited cases published in the electronic reports of the cases. For further analysis see: G. PAYAN, *Droit européen de l'exécution en matière civile et commerciale*, ed. Bruylant, Bruxelles, 2012. B. KÖHLER, *Dual-use contracts as consumer contracts and no attribution of consumer status of a third party to the proceedings under Brussels-I Regulation*, in *Praxis des Internationalen Privat- und Verfahrensrecht*, 37, 2017, n. 6 and in particular the next cases from the CJEU: C-70/15, *Emmanuel Lebek v. Janusz Domino* of 7 July 2016, ECLI:EU:C:2016:524; C-12/15, *Universal Music International Holding BV v. Michael Têtreault Shilling* of 16 June 2016, ECLI:EU:C:2016:449; C-605/14, *Virpi Kom v. Pekka Komu and Jelena Komu* of 17 December 2015, ECLI:EU:C:2015:833; C-438/12, *Irmengard Weber v. Mechthilde Weber* of 3 April 2014, ECLI:EU:C:2014:212, the just cited cases published in the electronic Reports of the cases. In particular in this ultimate case the Court has declared that: "(...) Since the "jurisdiction of the Court first seized (could not be) be formally established (...) the Advocate General confirmed (...) that there was no lis pendens in operation in this case and proceedings in the Court second seized need not be stayed. He relied on dicta (...) to justify that it was inappropriate for it to stay proceedings pending before it (...) the justification for the "reliable assessment" this was premised on the fact that the Court first seized did not have jurisdiction and could not therefore either determine the question of lis pendens nor issue a judgment capable of recognition under Articles 35(1) and 45(1) (...)"

29. This choice appears to be consistent with the conception of exequatur procedures as “barriers” to the free circulation of decisions, based on art. 81 TFEU<sup>52</sup>. Once the “sovrainist” logic, *rectius* statist of the resolution has been exceeded, the need to guarantee the right to a fair trial in the execution phase is allowed, permitting the interested party to promptly achieve the result envisaged by the sentence. In this context, the position of the party that has an interest against execution is destined to receive protection no longer through a generalized control of foreign decisions but by means of remedies of a later nature, remitted to its initiative. On the other hand, this development is based on the choice to concentrate as far as possible the remedies available to the debtor in the member state of origin; where, as in the case of a European enforcement order, no assessment is allowed to the judge of the member state of enforcement, the need to guarantee the rights of defense has emerged in the jurisprudence of CJEU, even when the certificate is issued<sup>53</sup>.

30. EU regulations on civilian judicial cooperation ordered the abolition of the exequatur and also provided for procedures aimed at allowing opposition to the recognition or enforcement of judgments issued in another member state. These procedures are also carried out according to deeply differentiated methods. Under Regulation n. 805/2004 the revocation of the European enforcement order certificate can be requested in the member state of origin<sup>54</sup>. Under Regulation n. 4/2009 the review of the decision on maintenance obligations can be requested in the member state of origin, but a refusal of enforcement in the requested member state can also be opposed for reasons set out in Regulation<sup>55</sup>. Under Regulation n. 1215/2012 the refusal of recognition or enforcement can be arranged in the requested member State<sup>56</sup>. Under Regulation EU n. 655/2014 the debtor may alternatively appeal against

---

We continue with the next cases: C-218/02, *Lokman Emrek v. Vlado Sabranovic* of 17 October 2013, ECLI:EU:C:2013:62, I-01241; C-190/11, *Daniela Mühlleitner v. Ahmad Yusufi* of 6 September 2012, ECLI:EU:C:2012:542, published in the electronic Reports of the cases. See, J.P. BERAUDO, *Regards sur le nouveau règlement Bruxelles I sur la compétence judiciaire, la reconnaissance et l'exécution des décisions en matière civile et commerciale*, op. cit., pp. 742ss. L. GRARD, *La communautarisation de “Bruxelles I”*, in *Revue Générale de Droit International Public*, 117 (4), 2013, pp. 530ss. P. BEAUMONT, M. DANON, K. TRIMMINGS, B. YÜKSEL, *Cross-border litigation in Europe*, Hart Publishing, Oxford & Oregon, Portland, 2017. F. GASCÓN-INCAHUSTI, *La reconnaissance et l'exécution des décisions dans le règlement Bruxelles I bis*, in E. GUINCHARD (eds), *Le nouveau règlement Bruxelles I bis. Règlement n° 1215/2012 du 12 décembre 2012 concernant la compétence judiciaire, la reconnaissance et l'exécution des décisions en matière civile et commerciale*, op. cit., pp. 210ss.

<sup>52</sup> C. TIETJE, *The status of international in the European legal order: the case of international Treaties and non-binding international instrument*, in J. WOUTERS, A. NOLLKAEMPE, E. DE WET (eds.), *The europeanization of international law: The status of international law in the EU and its Member States*, Cambridge University Press, Cambridge, 2008. A. KACZOROWSKA-IRELAND, *European Union law*, ed. Routledge, London & New York, 2016.

<sup>53</sup> Regulation (EC) No 805/2004 of the European Parliament and of the Council of 21 April 2004 creating a European Enforcement Order for uncontested claims. CJEU: joined cases C-400/13 and C-408/13, *Sophia Marie Nicole Sanders v. D. Verhagen and B. Huber v. M. Huber* of 18 December 2014, ECLI:EU:C:2014:2361; C-66/17, *Chudač* of 14 December 2017, ECLI:EU:C:2017:972, above published in the electronic Reports of the cases. See in argument also: H. PÉROZ, *Le règlement CE n. 805/2004 del 21 avril 2004 portant création d'un titre exécutoire européen pour les créances incontestées*, in *Clunet*, 2005, pp. 638ss. L. D'AVOUT, *La circulation automatique des titres exécutoires imposée par le règlement 805/2004 du 21 avril 2004*, in *Revue Critique de Droit International Privé*, 95, 2006, pp. 2ss. A. SADLER, *From the Brussels Convention to Regulation 44/2001. Cornerstones of a European law of civil procedure*, in *Common Market Law Review*, 42 2005, pp. 1638ss. CJEU, C-300/14, *Imtech Marine Belgium* of 17 December 2015, ECLI:EU:C:2015:825, par. 38, where the reference to the rights of defense is explicitly justified on the basis of art. 47 CFREU. See also: C-511/14, *Pebros Servizi* of 16 June 2016, ECLI:EU:C:2016:448, par. 25, C-484/15 *Zulfikarpašić* of 9 March 2017, ECLI:EU:C:2017:199, par. 48; C-289/17, *Collect Inkasso* of 28 February 2018, ECLI:EU:C:2018:133, parr. 36ss, all the ultimate cited cases published in the electronic Report of the cases.

<sup>54</sup> See art. 10 of the Regulation n. 805/2004. The revocation may be requested if it is manifestly granted by mistake, taking into account the established requirements.

<sup>55</sup> Council Regulation n. 4/2009 on Jurisdiction, Applicable Law, Recognition and Enforcement of Decisions and Cooperation in Matters Relating to Maintenance Obligations, 2008 O.J. (L 7) 1. This Regulation is applicable via Regulation 1107/2009, art. 15, 2009 O.J. (L 3069) 1, (EC). See from the CJEU: joined cases C-400/13 and C-408/13, *Sophia Marie Nicole Sanders v. David Verhaegen and Barbara Huber v. Manfred Huber* of 18 December 2014, ECLI:EU:C:2014:2461; C-419/17 P, *Deza/ECHA* of 23 January 2019, ECLI:EU:C:2019:52, the cited cases was published in the electronic Reports of the cases. In argument: N. BAUGUIET, M. DECHAMPS, J. MARY, *Actualités en droit de la famille*, ed. Larcier, *Bruxelles*, 2016. G. CUNIBERTI, *Abolition de l'exequatur et présomption de protection des droits fondamentaux*, in *Revue Critique de Droit International Privé*, 103 (1), 2014, pp. 304ss.

<sup>56</sup> CJEU, C-306/17, *Northortová* of 31 May 2018, ECLI:EU:C:2018:360; C-64/17, *Saey Home & Garden* of 8 March 2018, ECLI:EU:C:2018:173; C-649/16, *Valach and others* of 20 December 2017, ECLI:EU:C:2017:986; C-433/16, *Bayerische Motoren Werke* of 13 July 2017, ECLI:EU:C:2017:550; C-274/16, *Flightright* of 7 March 2018, ECLI:EU:C:2018:160, the cited cases was published in the electronic Reports of the cases.



European sequestration order in the member state of origin or oppose the execution of the same in the requested member state<sup>57</sup>.

**31.** This model is an exception to Regulation n. 2201/2003<sup>58</sup>, which for matters in which the exequatur is to be abolished does not admit any means of appeal against the issue of certificate or against the execution of the decision<sup>59</sup>.

**32.** Secondly, by examining the impediments to recognition and enforcement according to a consistent jurisprudence of CJEU, developed with reference to provisions of the Brussels Convention<sup>60</sup>, the conditions impeding recognition and enforcement are mandatory and must be interpreted restrictively<sup>61</sup>. In essence, since the main objective of civil judicial cooperation is the free circulation of decisions, the effectiveness of decisions in a member state other than the one of origin can only represent the rule<sup>62</sup> and the existence of causes impeding this effectiveness can be invoked only in exceptional cases<sup>63</sup>. Such an approach finds its explanation in the principle not expressly mentioned in Treaties but derived from CJEU on an inductive basis according to which a high level of mutual trust must exist among member states<sup>64</sup>.

**33.** These impediments are not uniformly regulated in various regulations, although they are largely attributable to a common conceptual fencing which may be contemplated in order to foreclose the effectiveness of a decision in other member states, related reasons, respectively to the infringement of

<sup>57</sup> See artt. 33-35 of the Regulation EU n. 655/2014 of European Parliament and of the Council, of 15 May 2014. Regulation (EU) No 655/2014 of the European Parliament and of the Council of 15 May 2014 establishing a European Account Preservation Order procedure to facilitate cross-border debt recovery in civil and commercial matters, OJ L 189, 27.6.2014, p. 59–92. In speciem, The Regulation refers to the already examined regulations establishing: the European enforcement order, the European order for payment, the procedure for small claims and the European order for attachment. See from the CJEU: C-379/19, *Società Immobiliare Al Bosco* of 4 October 2018, ECLI:EU:C:2018:806, published in the electronic Reports of the cases. For further details see: J.C. FERNÁNDEZ ROZAS, *Un hito más en la comunitarización del Derecho internacional privado: regímenes económicos matrimoniales y efectos patrimoniales de las uniones registradas*, in *La Ley Unión Europea*, n° 40, 2016. L.M. MULEIRO PARADA, *La cooperación reforzada en el impuesto sobre transacciones financieras*, in *La Ley Unión Europea*, n° 22, 2015. G. PALAOALAO MORENO, G. ALONSO LANDETA, I. BUIGUES (dirs.), *Sucesiones internacionales. Comentarios al Reglamento (UE) 650/2012*, Marcial Pons, Valencia, 2015, pp. 58ss.

<sup>58</sup> CJEU, C-345/18, *ND* of 20 September 2018, ECLI:EU:C:2018:749; C-325/18, *C.E. and N.E.* of 19 September 2018, ECLI:EU:C:2018:739; C-512/17, *HR* of 28 June 2018; ECLI:EU:C:2018:513; C-478/17, *IQ* of 4 October 2018; ECLI:EU:C:2018:812, all the cited sentences was published in the electronic Reports of the cases.

<sup>59</sup> CJEU, C-491/10 PPU, *A. Zarraga v. Pelz* of 22 December 2010, ECLI:EU:C:2010:828, I-14247, par. 70. For further analysis see: A. WHELAN, *Of courts and constitutions. Liber amicorum in honour of Nial Fennelly*, Hart Publishing, Oxford & Oregon, Portland, 2014, pp. 40ss. D. ACOSTA ARCARAZO, C.C. MURPHY, *European Union security and justice law. After Lisbon and Stockholm*, Hart Publishing, Oxford & Oregon, Portland, 2014, pp. 25ss. A. BRIGGS, *The conflict of laws*, Oxford University Press, Oxford, 2013, pp. 362ss.

<sup>60</sup> CJEU, C-414/92, *Solo Kleimotoren v. Boch* of 2 June 1994, ECLI:EU:1994:221, I-02237, par. 20; C-38/98, *Renault* of 11 May 2000, ECLI:EU:C:2000:225, I-02973, par. 26. For further details see: L. HAUBERG WILHELMSSEN, *International commercial arbitration and the Brussels II Regulation*, Edward Elgar Publishers, Cheltenham, 2018. T. KONO, *Intellectual property and private intellectual law: Comparative perspectives*, Hart Publishing, Oxford & Oregon, Portland, 2012.

<sup>61</sup> According to the next jurisprudence: CJEU, C-681/13, *Diageo Brands* of 16 July 2015, ECLI:EU:C:2015:471, par. 41, C-455/15 PPU, *P v. Q* of 19 November 2015, ECLI:EU:C:2015:763, par. 36, C-559/14, *Meroni* of 25 May 2016, ECLI:EU:C:2016:349, par. 38, all the above cited cases published in the electronic Reports of the cases. For further details see: H. SCHERMERS, *Judicial remedies in the European Communities. A case book*, ed. Springer, Berlin, 2013.

<sup>62</sup> CJEU, C-571/17 PPU, *Ardic* of 22 December 2017, ECLI:EU:C:2017:1026, published in the electronic Reports of the cases.

<sup>63</sup> In the sense that control must be particularly rigorous when it takes place only in the member state of origin and no power is attributed to the executing member state in this regard. See also: CJEU, C-289/17, *Collect Incasso*, ECLI:EU:C:2018:133, published in the electronic Reports of the cases.

<sup>64</sup> See for further details and analysis: M. WELLER, *Mutual trust. In search of the future of European Union private international law*, in *Journal of Private International Law*, 14 (1), 2015, pp. 64ss. D. LIAKOPOULOS, *Procedural harmonization, mutual recognition and multi-level protection of fundamental procedural rights*, in *Revista General de Processo General*, 47, 2019. M. ZILINSKY, *Mutual trust and cross-border enforcement of judgments in civil matters in the European Union: Does the step-by-step approach work?*, in *Netherlands International Law Review*, 64 (1), 2017, pp. 118ss. I. MEVORACH, *The future of cross border insolvency: Overcoming biases and closing gaps*, Oxford University Press, Oxford, 2018. S. HUFNAGEL, C. MCCARTNEY, *Trust in international police and justice cooperation*, Hart Publishing, Oxford & Oregon, Portland, 2017. M. FLETCHER, E. HERLIN-KARNELL, C. MATERA, *The European Union as an area of freedom, security and justice*, ed. Routledge, London & New York, 2016.

public order limit<sup>65</sup>, the failure to notify the judicial request or the application initiating the proceedings and the contrast between decisions.

**34.** Lastly, it must be borne in mind that the acts adopted to implement the principle of mutual recognition have the common feature of being usually structured according to the model of Brussels Convention, including uniform rules on jurisdiction. In the more recent instruments there are also rules to determine the applicable law. These norms are presented as they are in the conventions of uniform international law, universal in nature and therefore must be classified as true rules of conflict (and not mere inter regional rules). However, it is undisputed that both the rules on jurisdiction and on conflict of laws<sup>66</sup> do not respond to a unitary model, since the institutions use different approaches in different subjects in relation to values that come from time to time, attributing where appropriate, access to justice or to foreseeability of the forum for the defendant, as well as in specific subjects, to the centrality of child's position, to the favor creditoris concerning food, the need to protect the weaker contractor<sup>67</sup> and the right of access to divorce and personal separation<sup>68</sup>.

**35.** It must be added that despite the diversity of approaches followed the presence of a uniform discipline of jurisdiction and of applicable law, as areas of intervention specifically provided for by art. 81 TFEU is also instrumental in preparing a more solid foundation for two further rules that are reaffirmed by various instruments of civil judicial cooperation and which accompany the principle of mutual recognition and precisely the tendential prohibition of review of the jurisdiction of the member state of origin and the substance of foreign decision<sup>69</sup>.

**36.** By imposing such prohibitions, the regulations adopted by the Union preclude that when a decision of a member state is to be declared effective in another member state, the latter can again control the jurisdiction of the court of member state of origin<sup>70</sup>, you want the accuracy of factual or legal assessments made by the latter or the correct application of legal rules.

**37.** CJEU has long said that the existence of uniform rules on jurisdiction, imposing itself on national courts and making it presume that in all member states their application would lead to the same result, justifies the absence of any control by the member state requested<sup>71</sup>, so that the uniform discipline of jurisdiction plays an ancillary role with respect to the objective of free circulation of decisions. A similar conclusion seems to be reached in relation to the existence of conflict rules, which, determining the need to apply the same law with respect to a given case in all member states, can only encourage mutual trust and ultimately the circulation of decisions.

**38.** Since the characteristics of the principle of mutual recognition outlined above, which are concretely evident from the measures adopted, are very general in scope and lend themselves to being implemented in very different ways. It does not seem that under art. 81 TFEU can be summarized limits that are particularly relevant to the action of the institutions of the Union<sup>72</sup>. This of course does not mean

<sup>65</sup> T. CORTHAUT, *EU ordre public*, Kluwer Law International, The Hague, 2012.

<sup>66</sup> D. LIAKOPOULOS, *Conflicts of law in the European Union Law*, in *International and European Union Legal Matters*, 2010.

<sup>67</sup> A. SIANY-CYTERMANN, *La protection de la partie faible en droit international privé*, in *Mélanges en l'honneur de Paul Lagarde. Le droit international privé. Esprit et méthodes*, Brill, Hague, 2005, pp. 737ss.

<sup>68</sup> M. NI SHÜLLEABHÁIN, *Cross border divorce law. Brussels II bis*, Oxford University Press, Oxford, 2010, pp. 149ss. P. BEAUMONT, N. DANOV, K. TRIMMINGS, *Cross-border litigation in Europe*, Hart Publishing, Oxford & Oregon, Portland, 2017, pp. 804ss.

<sup>69</sup> CJEU, C-38/98, *Renault* of 11 May 2000, ECLI:EU:C:2000:225, I-02973. C-681/13, *Diageo Brands* of 16 July 2015, ECLI:EU:C:2015:471, published in the electronic Reports of the cases.

<sup>70</sup> In the sense that such a review of the jurisdiction of the Member State of origin would call into question the very purpose of the regulations on judicial cooperation in civil matters. See also: CJEU, C-455/15, *P v. Q* of 19 November 2015, ECLI:EU:C:2015:763, published in the electronic reports of the cases. C-341/04, *Eurofood* of 2 May 2006, ECLI:EU:C:2006:281, I-03813, par. 42.

<sup>71</sup> CJEU, C-614/10, *Wolf Naturprodukte* of 21 June 2012, ECLI:EU:C:2012:367, par. 25; C-456/11, *Gothaer Allgemeine Versicherung* of 15 November 2012, ECLI:EU:C:2012:719, par. 35, above the cited cases published in the electronic Reports of the cases.

<sup>72</sup> F. MARTUCCI, *Droit de l'Union européenne*, LGDG, Paris, 2017.

that the objective envisaged for this provision cannot be detected in terms of teleological and systematic interpretation to provide useful elements for the application of individual measures<sup>73</sup>.

**39.** A systematic interpretation appears imposed above all by the need to avoid, as far as possible, a conflict between a law belonging to secondary legislation and CFREU. CJEU reiterated that “an act of the Union must be interpreted, as far as possible, so as not to undermine its validity and in accordance with primary law as a whole and with the provisions of CFREU (...)”<sup>74</sup>. From a different point of view, the decision to take into account the requirements connected to the protection of fundamental rights in provisions contained in EU acts appears to be precise recalls contained in the preamble of the same, in order to ensure internal consistency between the act and its motivation<sup>75</sup>. The presence of such recalls seems to allow CJEU to identify a more solid foundation on strictly textual plane, for references to CFREU. The existence of a precise textual link with the rules of CFREU does not constitute a decisive element, since their relevance on primary law imposes the extension of the scope by way of interpretation, within an act of secondary law, also to provisions which do not explicitly refer to CFREU<sup>76</sup>.

**40.** In some cases CJEU has identified a closer relationship, almost of interpenetration, between individual provisions of CFREU and secondary legislation related to them, concluding that the discipline contained in the latter has the effect of realizing a certain regime of protection of fundamental rights<sup>77</sup>. The consequence is a lower relevance of CFREU provisions for interpretation purposes<sup>78</sup> and on the other, a particular emphasis on the role of secondary law, even when this takes the form of Directive.

<sup>73</sup> CJEU, C-551/15, *Pula Parking* of 9 March 2017, ECLI:EU:C:2017:193, published in the electronic Report of the cases.

<sup>74</sup> According to the case: C-579/12 RX-II, *Rèexamen Commission v. Strack*, ECLI:EU:C:2013:470, published in the electronic Reports of the cases, par. 40.

<sup>75</sup> As we can see in the next cases from the CJEU: joined cases: C-175, C-176, C-178 and C-179/08, *Abdulla* of 2 March 2010; ECLI:EU:C:2010:105, I-01493, par. 54; C-486/12, *X* of 12 December 2013, ECLI:EU:C:2013:836, par. 29; joined cases C-148 to C-150/13, *A, B and C*, ECLI:EU:C:2014:2406, par. 46; C-201/16, *Shiri* of 25 October 2017, ECLI:EU:C:2017:805, par. 44, C-360/16, *Hasan* of 25 January 2018, ECLI:EU:C:2018:35, par. 31, the cited cases published in the electronic Reports of the cases.

<sup>76</sup> CJEU, C-648/11, *MA and others* of 6 June 2013, ECLI:EU:C:2013:367, published in the electronic Reports of the cases.

<sup>77</sup> An explicit statement to this effect is found in the principle of non-discrimination based on age, whose scope is determined by the Council Directive 2000/78/EC of 27 November 2000 establishing a general framework for equal treatment in employment and occupation, published in OJ L 303, 2.12.2000. See also: CJEU, C-476/11, *HK Danmark* of 26 September 2013, ECLI:EU:C:2013:590, par. 19; C-432/14, *O*, of 1st October 2015, ECLI:EU:C:2015:643, par. 21, the cited cases published in the electronic Reports of the cases. For further analysis and details see: V. HATZOPOULOS, *The collaborative economy and European Union law*, Hart Publishing, Oxford & Oregon, Portland, 2018, pp. 165ss. T. SROREY, A. PIMOR, *Unlocking European Union law*, ed. Routledge, London & New York, 2018, pp. 516ss. The same is also true in large part for the principle of non-discrimination on an ethnic basis concretized by the Directive 2000/43/EC. See the sentence C-83/14, *VHEZ Razpredelenie* of 16 July 2015, ECLI:EU:C:2015:480, published in the electronic Reports of the cases, par. 41ss. In the sense that the Council Directive 89/665/EEC of 21 December 1989 on the coordination of the laws, regulations and administrative provisions relating to the application of review procedures to the award of public supply and public works contracts, OJ L 395, 30.12.1989, p. 33-35. see also: D. FARGRIVE, F. LICHÈRE, *Public procurement law. Damages as an effective remedy*, Hart Publishing, Oxford & Oregon, Portland, 2011. S. ARROWSMITH, *The purpose of the European Union procurement directives. Ends, means and the implications for national regulatory space for commercial and horizontal procurement policies*, in *Cambridge Yearbook of European Legal Studies*, 4, 2012, pp. 5ss. C. BAUDENBACHER, *The handbook of EEA law*, ed. Springer, Berlin, 2015, pp. 618ss. C. DE KOINICK, P. FLAMEY, *European public procurement law: The European public procurement. Part I-Remedies*, Kluwer Law International, The Hague, 2009, pp. 76ss. J.M. HEBLY, J. BRANTS, *European public procurement: legislative history of the “remedies” of directives 89/665/EEC and 92/13/EEC*, Wolters Kluwer, Aalphen aan den Rijn, 2011. C. BOVIS, *European Union public procurement law*, Edward Elgar Publishers, 2012, pp. 218ss. F. WILMAN, *Private enforcement of European Union law before national Courts. The European Union legislative framework*, Edward Elgar Publishers, 2015, pp. 95ss. H. SCHEBESTA, *Damages in European Union public procurement law*, ed. Springer, Berlin, 2015, pp. 25ss. S. ARROWSMITH, S. TREUMER, *Competitive dialogue on European Union procurement*, Cambridge University Press, Cambridge, 2012, pp. 334ss. A. SÁNCHEZ GRAELLS, *Public procurement and the European union competition rules*, Hart Publishing, Oxford & Oregon, Portland, 2015. The last cited Directive find a concrete expression in the field of public procurement, the principle of effective judicial review. See in this spirit the case: C-35/15 P(R), *Commission v. Vanbreda Risk & Benefits* of 23 April 2015, ECLI:EU:C:2015:275, published in the electronic Reports of the cases, par. 28.

<sup>78</sup> See for example: C-416/13, *Vital Pérez* of 13 November 2014, ECLI:EU:C:2014:2371, published in the electronic Reports of the cases, par. 25, according to which “(...) when a preliminary question concerning the interpretation of the general principle of non-discrimination based on age, as set out in Article 21 Charter, as well as the provisions of Directive 2000/78 in the context of a dispute between an individual and a public administration, the Court examines the question solely in the

41. It follows that the lack of a detailed content in the norm of primary rank and the wide discretionary space consequently reserved to secondary law cannot but affect the relevance of CFREU with respect to civil judicial cooperation and its ability to influence rules concerning civil judicial cooperation. This conclusion is justified not only for reasons connected to the hierarchy of sources, since it is permissible for CFREU to model the derivative law in a more incisive way, as it is not conditioned by the precise provisions of the Treaties. But it also finds anchor in the content of art. 67 TFEU<sup>79</sup> which expressly links the realization of the entire area of freedom, security and justice to respect fundamental rights to the need to ensure access to civil justice.

42. According to our opinion, the *modus interpretandi* used up here has two types of risks. On the one hand, CJEU's practice of not always taking sufficient account of the scope and significance of the rights guaranteed by ECHR, as outlined by European Court of Human Rights (ECtHR) jurisprudence, could cause member states to become more and more constrained in two systems, from non-coincidental obligations, making the hypothesis of the existence of an infringement of ECHR possible by the states themselves. On the other hand, and consequently the inconsistency of the approach followed could induce national judgments to perceive a lower capacity of CJEU, precisely in the matter of fundamental rights to provide a guide suitable to ensure compliance with the parallel obligations of member states with respect to CFREU and ECHR<sup>80</sup>. Thus the position of ECtHR assumes symmetric relevance, where for years it has elaborated with reference to relations with EU law the well-known doctrine of "equivalent protection"<sup>81</sup> under which the actions of a contracting state of ECHR are presumed compatible with the latter whenever it has acted to fulfill the obligations arising from participation in an international organization, which guarantees protection of fundamental rights that qualifies as "equivalent" to that afforded by ECHR itself.

## V. Civil judicial cooperation and values inherent to protection of fundamental rights

43. Moving from general premises found in the recalls of art. 67 TFEU to the protection of fundamental rights and to the principle of mutual recognition, one can question the existence of specific values relating to the protection of fundamental rights that correspond to the objectives of civil judicial cooperation.

44. It can be obtained from art. 67, par. 4 TFEU the centrality of the principle of effective judicial protection, as protected by art. 47 CFREU<sup>82</sup> which finds one of its areas of election in civil judicial cooperation. The structure of this provision as it appears from the explanations is based on articles 6 and 13 of ECHR<sup>83</sup> since it states in par. 1 the right to an effective remedy (*wirksame Rechtsbehelf*) and identifies in par. 2 guarantees of the fair trial by adding in par. 3<sup>84</sup> a specific reference to the right to defense at the expense of the state. The residual spaces within which the effective recourse guarantee is destined to be

---

light of the aforementioned Directive (...) ". See also the case: C-306/16, *Mario Marques da Rosa* of 9 November 2017, ECLI:EU:C:2017:844, not yet published, where it is stated that the art. 31, par. 2 of the Charter which establishes the right to a limitation of the maximum duration of work and daily and weekly rest periods as well as paid annual leave, refers in practice to the contents of Directives 83/104 and 2003/88 so that it could not provide new elements (par. 50).

<sup>79</sup> R. SCHÜTZE, T. TRIDIMAS, *Oxford principles of European Union Law*, Oxford University Press, Oxford, 2018.

<sup>80</sup> See in particular: F. EMMERT, C. PICHÉ CARNEY, *The European Union Charter of Fundamental Rights vs. The Council of Europe Convention on human rights and fundamental freedoms. A comparison*, in *Fordham International Law Journal*, 40, 2017, pp. 1052ss.

<sup>81</sup> P. KOUTRAKOS, M. EVANS, *The international responsibility of the European Union*, Oxford University Press, Oxford, 2013, pp. 297ss.

<sup>82</sup> M. SAFFIAN, D. DÜSTERHAU, *A Union of effective judicial protection: Addressing a multi-level challenge through the lens of article 47 CFREU*, in *Yearbook of European Law*, 33 (1), 2014, pp. 3ss. C. MAK, *Rights and remedies: Article 47 EUCFR and effective judicial protection in European private law matters*, in *Amsterdam Law School Research Paper No. 2012-88. Centre for the Study of European Contract Law Working Paper Series No. 2012-11*. G. LEBRUN, *De l'utilité de l'article 47 de la Charte des droits fondamentaux de l'union européenne*, in *Revue Trimestrielle des Droits de l'Homme*, 106, 2016, pp. 433ss.

<sup>83</sup> L.R. Kiestra, *The impact of the European Convention on Human Rights on private international law*, ed. Springer, Berlin, 2014.

<sup>84</sup> CJEU, C-224/01, *Köbler* of 30 September 2003, ECLI:EU:C:2003:513, I-10239.

applied in civil-procedural context may firstly be identified where elements of attribution to the individual of legal positions of advantage derive from effective law provisions of the union, ie directly applicable in inter-private relationships and current or potential harm to such advantageous situations. The emphasis on the effectiveness of remedy is sufficient in the general theory of process, apart from the classical statement that the duration of the process cannot be to the detriment of the party who is right<sup>85</sup>.

45. CJEU jurisprudence had already elaborated in the past general principles of law largely corresponding in content to the current provision of CFREU. CJEU recalled that art. 47 CFREU leads to a reaffirmation of the principle of effective judicial protection<sup>86</sup>, that had developed from the well-known Johnston of 15 May 1986<sup>87</sup>, similarly with regard to the rights of defense<sup>88</sup>, CJEU believes that art. 47 CFREU reiterates<sup>89</sup> a pre-existing general principle of Union law<sup>90</sup>, including the right to be heard<sup>91</sup>, to be assisted by a lawyer<sup>92</sup>, to access to evidence<sup>93</sup> and to equality of arms<sup>94</sup>.

<sup>85</sup> The principle of effectiveness has paved the way for the extension of substantial safeguards under national private law as we can in the case C-295/04, *Manfredi* of 13 July 2006, ECLI:EU:C:2006:461, I-06619: “(...) the useful effect of the prohibition enshrined (from Article 81 of the EC Treaty) would be called into question if anyone could not claim compensation for the damage caused by a contract or behavior that was liable to restrict or distort competition (...)”. In the same spirit the case C-432/05, *Unibet* of 13 March 2007, ECLI:EU:C:2007:163, I-02271. For further details and analysis see: L. GRUSZCZYNSKI, W. WERNER, *Deferral in international courts and tribunals. Standard of review and margin of appreciation*, Oxford University Press, Oxford, 2014. Always in the antitrust field the art. 47 is the compass that guides the interpretation of the uniform rules on jurisdiction in civil and commercial matters set out in Regulation no. 44/2001 in the case of the Advocate General Jääskinen in case C-342/14, *Cartel Damage Claim* of 11 December 2014, ECLI:EU:C:2014:2443: “(...) the procedural rules the right of the Union must be placed in some way at the service of the substantial norm of the right of the Union, in the sense that the former constitute an instrument that makes tangible the rights and obligations of private and public persons, particularly under the profile of the right to an effective remedy and fair trial enshrined in Article 47 CFREU (C-342/14, *Cartel Damage Claim* of 11 December 2014, ECLI:EU:C:2014:2443). In the same spirit see also: C-249/16, *Kareda* of 15 June 2017, ECLI:EU:C:2017:472; C-196/15, *Granarolo* of 23 December 2015, ECLI:EU:C:2015:559; C-185/15, *Kostanjevec* of 12 October 2016, ECLI:EU:C:2016:763; C-605/14, *Komu and others* of 17 December 2015, ECLI:EU:C:2015:833; C-521/14 *Sovag* of 21 January 2016, ECLI:EU:C:2016:41, all cited cases was published in the electronic Reports of the cases.

<sup>86</sup> CJEU, C-562/13, *Abdida* of 18 December 2013, ECLI:EU:C:2014:2453, par. 45; C-239/14, *Tall* of 17 December 2015, ECLI:EU:C:2015:824, par. 51, the cited cases published in the electronic Reports of the cases.

<sup>87</sup> CJEU, C-222/84, *Johnston v. Chief Constable of the Royal Ulster Constabulary* of 15 May 1986, ECLI:EU:C:1986:206, I-01651, par. 18. In the same spirit see: joined cases: C-143/88 and C-92/89, *Zuckerfabrik* of 21 February 1991, ECLI:EU:C:1991:65 I-00415; C-465/93, *Atlanta* of 9 November 1995, ECLI:EU:C:1995:369, I-02761; C-78/98, *Preston* of 16 May 2000, ECLI:EU:C:2000:247, I-01501; C-327/00, *Santex* of 27 February 2003, ECLI:EU:C:2003:109, I-01877. For further analysis see: A. BARAV, *Judicial enforcement and implementation of European Union law*, ed. Bruylant, Bruxelles, 2017. P. CRAIG, *European Union administrative law*, Oxford University Press, Oxford, 2018.

<sup>88</sup> In the same spirit see from the High Court (1996), *Iberian K Ltd v. BPB Industries Plc*: “(...) it should be an abuse of process to allow the defendants to mount a collateral attack on the Commission decision in proceeding against any part before any national court (...)”.

<sup>89</sup> CJEU, C-277/11, *M.M.* of 22 November 2012, ECLI:EU:C:2012:744, par. 81; C-560/14, *M.* of 9 February 2017, ECLI:EU:C:2017:101, above published in electronic Report of the cases.

<sup>90</sup> CJEU, C-234/84, *Belgium v. Commission, (Meura)* of 10 July 1986, ECLI:EU:C:1986:302, I-02263, par. 27; C-301/87, *France v. Commission, Boussac Saint Frères* of 14 February 1990, ECLI:EU:C:1990:67, I-00307, par. 29; C-142/87, *Belgium v. Commission* of 21 March 1990, ECLI:EU:C:1990:125, I-00959, par. 46; C-135/92, *Fiskano v. Commission* of 29 June 1994, ECLI:EU:C:1994:267, I-02885, par. 39. For further analysis see: K. LENAERTS, I. MASELIS, K. GUTMAN, *European Union procedural law*, Oxford University Press, Oxford, 2014, pp. 133ss. J.J. PIERNAS LOPEZ, *The concept of State aid under European Union law: from internal market to competition and beyond*, Oxford University Press, Oxford, 2015.

<sup>91</sup> CJEU, C-349/07, *Sopropè* of 18 December 2008, ECLI:EU:C:2008:746, I-10369, par. 36ss.

<sup>92</sup> CJEU, C-7/98, *Krombach v. France* of 28 March 2000, ECLI:EU:C:2000:164, I-0193 I the CJEU noticed the right of the German Court to refuse recognition of a judgment rendered in France was based on a procedural rule which penalized the defendant, preventing him from pursuing his defense if he had not submitted himself in the process. The judgment of the CJEU did not bind the Court to a particular solution to the case (in reality, not to recognize the foreign judgment) but to rule out the non recognition of a breach of the Brussels if, in the Court’s view there was a manifest incompatibility of the proceedings before the foreign Court with the fundamental safeguards of the defense. In the same case, the ECtHR, by judgment of 13 February 2001, sentenced France for failing to allow the accused to appear in Court under the French Code of Criminal Procedure, which deprived the defendant of the defense in judgment when an alleged crime was being challenged. The CJEU referred to the case law of the ECtHR in defining the refusal to hear the defense of an accused absent from the hearing as a “manifest violation of a fundamental right” par. 40. See also: J.P. COSTA, *La Cour européenne des droits de l’homme. Des juges par la liberté*, ed. Dalloz, Paris, 2017.

<sup>93</sup> CJEU, C-399/99 P, *Carus UK v. Commission* of 2 October 2003, ECLI:EU:C:2003:531, I-02553, par. 19ss.

<sup>94</sup> CJEU, joined cases C-514, C-528 to C-532/07 P, *Sweden and others v. API and Commission* of 21 September 2010,

46. The importance of the principles expressed by art. 47 CFREU in the matter of civil judicial cooperation derives *ratione materiae* from their transversal character and being able to come into relief with respect to all the sectors of intervention indicated in art. 81 TFEU<sup>95</sup>. The areas included *stricto sensu* in the procedural jurisdiction, such as effectiveness of decisions, judicial assistance, access to justice and uniform rules of civil procedure are subject to compliance with the guarantees of effective judicial protection. But access to justice and exercise of rights of defense<sup>96</sup> can be conditioned by rules on conflicts of law, at least where these are aimed at achieving certain material objectives<sup>97</sup>.

47. The relevance of art. 47 CFREU in the system of civil judicial cooperation<sup>98</sup> is also confirmed in the choice of institutions to recall this provision, with great frequency especially after the entry into force of the Treaty of Lisbon, to the preamble of the adopted regulations<sup>99</sup>, mainly when they

---

ECLI:EU:C:2010:541, I-08533, par. 85. For further details see: M. COSTA, *The accountability gap in European Union law: mind the gap*, ed. Routledge, London & New York, 2016.

<sup>95</sup> F. MARTUCCI, *Droit de l'Union européenne*, op. cit.,

<sup>96</sup> CJEU, C-279/09, *DEB GmbH v. Germany* of 22 December 2010, ECLI:EU:C:2010:811, I-13849; C-156/12, *GREP CmbH* of 13 June 2012, ECLI:EU:C:2012:342; C-499/12, *Gentile* of 7 February 2013, ECLI:EU:C:2013:77, not yet published; C-498/12, *Pedone* of 7 February 2013, ECLI:U:C:2013:76, not yet published. For further analysis see: T. KERIKMÄE, *Protecting human rights in the EU. Controversies and challenges of the Charter of Fundamental Rights*, ed. Springer, Berlin/Heidelberg, 2014, pp. 80ss. S. DOUGLAS-SCOTT, N. HATZIS, *Research handbook on European Union law and human rights*, Edward Elgar Publishers, Cheltenham, 2017, p. 511ss. S. MORANO FOADI, L. VICKERS, *Fundamental rights in the European union: A matter for two courts*, Hart Publishing, Oxford & Oregon, Portland, 2015. P. CRAIG, *European Union administrative law*, op. cit.,

<sup>97</sup> Council Regulation (EU) No 1259/2010 of 20 December 2010 implementing enhanced cooperation in the area of the law applicable to divorce and legal separation, OJ L 343, 29.12.2010, p. 10-16. See also in the same spirit: art. 4 of the 2007 Hague Protocol on the law applicable to maintenance obligations (subject of the 2009/941/EC decision of the Council of 30 November 2009, concerning the conclusion by the European Community of the Hague Protocol of 23 November 2007 on the applicable law to maintenance obligations, in OJ No. L 331 of 16 December 2009, page 17ss), which provides for certain food creditors to derogate from the designation of the applicable law where the *lex causae* does not allow them to obtain the food. See also: P. JURYS, P.F. KJAER, R. YATSUNAMI, *Regulatory hybridization in the transnational sphere*, Martinus Nijhoff Publishers, Leiden, 2013, pp. 268ss. U. MAGNUS, P. MANKOWSKI, *Brussels IIbis Regulation*, ed. De Gruyter, Berlin, 2012, pp. 88ss.

<sup>98</sup> C. MAK, *Rights and remedies: Article 47 EUCFR and effective judicial protection in European private law matters*, op. cit., G. LEBRUN, *De l'utilité de l'article 47 de la Charte des droits fondamentaux de l'Union européenne*, op. cit.,

<sup>99</sup> See the formula contained in the 11th recital of Regulation n. 805/2004 (Regulation (EC) No 805/2004 of the European Parliament and of the Council of 21 April 2004 creating a European Enforcement Order for uncontested claims, OJ L 143, 30.4.2004, p. 15–39) where reference was made in general to the right to a fair trial. Subsequently the 39 recital of the Regulation n. 1214/2012 (Commission Implementing Regulation (EU) No 1214/2012 of 17 December 2012 establishing the standard import values for determining the entry price of certain fruit and vegetables OJ L 348, 18.12.2012, p. 14–15), the 44th recital of Regulation n. 655/2014. The 83 recital of Regulation (EU) 2015/848 of the European Parliament and of the Council of 20 May 2015 on insolvency proceedings, OJ L 141, 5.6.2015, p. 19-72. See also: C. LISANTI, L. SAUTONIE-LAGUIONIE, *Règlement UE n. 2015/848 du 20 mai 2015 relatif aux procédures d'insolvabilité*, in *Société de législation comparée, Trans Europe experts*, 2016. The 73 recital of Regulation 2016/1103, the 71th recital of Regulation 2016/1104 in which the formula refers less happily to the right to an effective appeal and to an impartial judgment (but the English version mentions: “the right to an effective remedy and to a fair trial “and the German one:” das Recht auf einen wirksamen Rechtsbehelf und ein faires Verfahren”). The 5th recital of the Council Directive 2002/8/EC of 27 January 2003 to improve access to justice in cross-border disputes by establishing minimum common rules relating to legal aid for such disputes OJ L 26, 31.1.2003, p. 41–47. For a reference to the right to a right adversarial principle without mention of art. 47 see recital 9 of Regulation (EU) 2015/2421 of the European Parliament and of the Council of 16 December 2015 amending Regulation (EC) No 861/2007 establishing a European Small Claims Procedure and Regulation (EC) No 1896/2006 creating a European order for payment procedure, OJ L 341, 24 December 2015, p. 1-13. P. CORTÈS, *Does the proposed European procedure enhance the resolution of small claims?*, in *Civil Justice Quarterly*, 27 (1), 2008, pp. 94ss. F. WILMAN, *Private enforcement of European Union law before national courts. The European Union legislative framework*, Edward Elgar Publishers, Cheltenham, 2015. E. MŠČENIĆ, A. RACCAH, *Legal risks in European Union law: Interdisciplinary studies on legal risk management and better Regulation in Europe*, ed. Springer, Berlin, 2016, pp. 80ss. P. COPPEL, *Information rights: law and practice*, Hart Publishing, Oxford & Oregon, Portland, 2014. K. KERAMEUS, *L'harmonisation procédurale dans le monde contemporain*, in L. VOGEL, *La procédure entre tradition et modernité*, éd. Panthéon-Assas, Paris, 2010, pp. 10ss. D. MILMAN, *Personal insolvency law. Regulation and policy*, ed. Routledge, London & New York, 2017, pp. 2048ss. F. TOLMIE, *Corporate and personal insolvency law*, ed. Wolters, Kluwer, The Hague, 2013. G. MCCORMACK, *Something old, something new: Recasting the European insolvency Regulation*, in *The Modern Law Review*, 79, 2016, pp. 122ss. M. RREQUEJO ISIDRO, *La cooperación judicial en materia de insolvencia transfronteriza en la propuesta de Regulation del Parlamento europeo y del consejo por el que se modifica el Regulation (CE) n. 1346/2000 sobre procedimientos de insolvencia*, in *Anuario Español de Derecho Internacional Privado*, 13, 2013, pp. 218ss. V. FINCH, D. MILMAN, *Corporate insolvency law. Perspectives and principles*, Cambridge University Press, Cambridge, 2017, pp. 486ss. S. GOPALAN, M. GUIHOT, *Cross-border insolvency law and multinational enterprise groups. Judicial inno-*

vation as and international solution, in *George Washington International Law Review*, 49, 2016, pp. 4ss. S. MOCK, *Das geplante neue europäische Insolvenzrecht nach dem Vorschlag der Kommission zur Reform der EuInsVO*, in *Zeitschrift für Gemeinschaftsprivatrecht*, 10, 2013, pp. 137ss. A. PIEKENBROCK, *The future scope of the European Insolvency Regulation*, in *International Insolvency Law Review*, 23 (3), 2014, pp. 434ss. C. THOLE, *Die Reform der Europäischen Insolvenzverordnung*, in *Zeitschrift für Europäisches Privatrecht*, 22, 2014, pp. 40ss. B. WESSELS, *What is an insolvency proceeding anyway?*, in *International Insolvency Law Review*, 20 (4), 2011, pp. 492ss. G. MOSS, I. FLETCHER, S. ISAACS, *The EC Regulation on insolvency proceedings*, Oxford University Press, Oxford, 2009. T. RAUSCHER, *Europäisches Zivilprozess- und Kollisionsrecht, Europäisches Zivilprozess- und Kollisionsrecht (EuZPR/EuIPR)*, ed. Verlag O. Schmidt, Heidelberg, 2010, Art. 1 paras. 2-4. C. THOLE, *Sanierung mittels Scheme of Arrangement im Blickwinkel des Internationalen Privat- und Verfahrensrechts*, in *Zeitschrift für Unternehmens und Gesellschaftsrecht*, 42, 2013, pp. 110ss. M. VEDER, *The Future of the European Insolvency Regulation-Applicable law, in particular security rights*, in *International Insolvency Law Review*, 20 (2), 2011, pp. 286ss. A.J. BĚLOHLÁVEK, *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*, in *Czech Yearbook of International Law*, 7, 2016, pp. 69ss. S. BLOCK-LIEB, *The UK and EU cross-border insolvency recognition: From empire to Europe to going it alone*, in *Fordham International Law Journal*, 42, 2017, pp. 1374ss. F.M. MUCCIARELLI, *The Function of Corporate Law and the Effects of Reincorporations in the U.S. and the EU*, in *Tulane Journal of International and Comparative Law*, 21, 2012, pp. 440ss. J. RODRÍGUEZ RODRIGO, *El centro de intereses principales, como foro de competencia internacional en el Reglamento 1346/2000, en relación con empresas de un grupo de sociedades*, in *Anuario de Derecho Concursal*, 2014, pp. 502ss. G. GARCÍA-ROSTÁN, *El proceso concursal ante insolvencias conexas*, Tirant Lo Blanch, Valencia, 2015. M. LLORENTE SÁNCHEZ-ARJONA, *Tratamiento procesal de la insolvencia transfronteriza en la Unión Europea*, Tirant Lo Blanch, Valencia, 2013, pp. 76ss. J. RODRÍGUEZ RODRIG, *Bienes sujetos a un procedimiento secundario de insolvencia. Comentario a la sentencia del Tribunal de justicia de la Unión europea de 11 Junio 2015, Nortel, C-649/13*, in *Cuadernos de Derecho Transnacional*, 9 (3), 2017, pp. 694ss. G. MCCORMACK, *Reconciling European conflicts and insolvency law*, in *European Business Organization Law Review*, 15, 2014, pp. 335ss. I. LINNA, *Actio pauliana and res judicata in European Union insolvency proceedings*, in *Journal of Private International Law*, 14 (4), 2015, pp. 570ss. B. XIE, *Comparative insolvency law: The pre-pack approach in corporate rescue*, Edward Elgar Publishing, Cheltenham, 2016, pp. 272ss. A. JAKAB, D. KOCHENOV, *The enforcement of European Union Law values: ensuring Member States compliance*, Oxford University Press, Oxford, 2017, pp. 208ss. A. KEAY, *The harmonization of the avoidance rules in European Union insolvencies*, in *The International and Comparative Law Quarterly*, 67, 2017, pp. 80ss. G. MCCORMACK, A. KEAY, S. BROWN, *European insolvency law: Reform and harmonization*, Edward Elgar Publishing, Cheltenham, 2017, pp. 174ss. M. BORN, *Europäisches Kollisionsrecht des Effektengiros: Intermediatisierte Wertpapiere im Schnittfeld Internationalem Sallen-Schuld und Insolvenzrecht*, ed. M. Siebeck, 2014, pp. 189ss. A. KEAY, *Security rights, the European Insolvency Regulation and concerns about the non-application of avoidance rules*, in *European Law Review*, 22, 2016, pp. 73ss. G. MOSS, I.F. FLETCHER, S. ISSACS (eds), *The EC Regulation on Insolvency Proceedings: A commentary and annotated guide*, (2nd ed), Oxford University Press, Oxford, 2009, pp. 12ss. G. MCCORMACK, *Secured credit and the harmonisation of law*, Edward Elgar Publishing, Cheltenham, 2011, pp. 58ss. R.J. DE WEIJS, *Towards an objective European rule on transaction avoidance in insolvencies*, in *International Insolvency Review*, 21, 2011, pp. 220ss. J. GARRIDO, *Two snowflakes the same: The distributional question in international bankruptcies*, in *Texas International Law Journal*, 47, 2011-212, pp. 460ss. S. LEVMORE, *Harmonization, preferences, and the calculus of consent in commercial and other law*, in *Common Market Law Review*, 50, 2013, pp. 250ss. L. CADDIET, E. JEULAND, S. AMRANI-MEKKI, *Droit processuel civil de l'Union européenne*, ed. LexisNexis, Paris, 2011, pp. 350ss. E. FABRIES-LECEA, *Le règlement "insolvabilité": Apport à la construction de l'ordre juridique de l'Union européenne*, ed. Bruylant, Bruxelles, 2013, pp. 614ss. F. JAULT-SESEKE, D. ROBINE, *Le droit européen des procédures d'insolvabilité à la croisée des chemins*, ed. Lextenso, Paris, 2012, pp. 242ss. L.S. SEALY, D. MILMAN, *Annotated guide to the insolvency legislation*, ed. Sweet & Maxwell, London, 2014. T. ARONS, *Recognition of debt restructuring and resolution measures under the European Union regulatory framework*, in *International Insolvency Review*, 24, 2014, pp. 58ss. Y. BRULARD, *Que penser de la proposition de la Commission sur les groupes de sociétés dans le projet de nouveau règlement insolvabilité?*, in *Revue des Procédures Collectives*, 2013, pp. 68ss. R. DAMMANN, S. MILLET, *L'action en revendication exercée au titre d'une clause de réserve de propriété relève-t-elle du champ d'application du règlement Bruxelles I?*, in *Revue Lamy Droit Civil*, 2010, pp. 32ss. C. KESSEDIAN, *L'espace judiciaire civile et commercial européen: le règlement Bruxelles I refondu*, in *Revue Générale de Droit International Public*, 117, 2013, pp. 546ss. R. DAMMANN, *Application du Règlement (CE) numéro 1346/2000 modifié aux groupes de sociétés*, in *Revue des Procédures Collectives*, 2013, pp. 65ss. D. FASQUELLE, *Raisons et contours d'une refonte nécessaire du règlement (CE) 1346/2000*, in *Bulletin Joly Entreprises en Difficulté*, 2012, pp. 52ss. D. FASQUELLE, *L'Europe: une opportunité pour les professions d'AJMJ et pour le mandat de justice?*, in *Revue des Procédures Collectives*, 2013, pp. 50ss. G.C. GIORGINI, *Le centre des intérêts principaux du débiteur insolvable en droit comparé*, in *Revue Internationale de Droit Comparé*, 64, 2012, pp. 868ss. L.C. HENRY, *Compétence internationale du Tribunal pour ouvrir une procédure d'insolvabilité en cas de transfert de siège statutaire*, in *Bulletin Joly Entreprises en Difficulté*, 2012, pp. 35ss. L.C. HENRY, *De l'art d'articuler la procédure principale et la procédure secondaire*, in *Revue des Sociétés*, 2012, pp. 186ss. L.C. HENRY, *Eclairage-Règlement insolvabilité européen et groupes de sociétés: je t'aime moi non plus!*, in *Bulletin Joly Entreprises en Difficulté*, 2012, pp. 355ss. L.C. HENRY, *Règlement insolvabilité européen et les groupes: bilan et perspectives. Une approche textuelle*, in *Revue des Procédures Collectives*, 2013, pp. 59ss. L. IDOT, *Un nouveau chantier pour les juristes: la révision du règlement "procédures d'insolvabilité"*, in *La Semaine Juridique (Europe)*, 2013, pp. 4ss. V. LEGRAND, *Quelle clôture pour la procédure européenne d'insolvabilité?*, in *Lettre d'Actualité des Procédures Collectives Civiles et Commerciales*, 2013, pp. 112ss. A. LIENHARD, *Procédure d'insolvabilité: notion de "centre des intérêts principaux"*, in *Recueil Dalloz Sirey*, 2011, pp. 2916ss. R. LOWE, *From client money rules to the EC Insolvency Regulation, legislative change beckons*, in *Insolvency Intelligence*, 29, 2014, pp. 48ss. T. MASTRULLO, *L'extension de procédure collective pour cause de confusion des patrimoines est-elle compatible avec le règlement numéro 1346/2000?*, in *Revue des Sociétés*, 2010, pp. 594ss. T. MASTRULLO, *Procédures*

contain a discipline of jurisdiction and effectiveness of decisions. This choice is not without practical consequences because the presence of a timely reminder in the preamble makes it more likely that CJEU will refer you in its rulings.

**48.** This choice is not without practical consequences because the presence of a timely reminder in the preamble makes possible CJEU refer to in its rulings.

**49.** Although the right to effective judicial protection is the only one that can be considered expressly referred to by the rules of treaty in subjecta matter. Institutions clearly shows to recognize also in art. 21 of CFREU<sup>100</sup> a provision destined to have wide repercussions on civil judicial cooperation. In some regulations concerning family matter and in Regulation n. 650/2012 in the matter of succession be considered to insert explicit references to the principle of non-discrimination, evidently on the assumption of particular importance of the same in EU<sup>101</sup>. The mention of art. 21 TFEU in the preamble of regulations is sometimes of a general nature<sup>102</sup> and indeed the provision is listed together with others<sup>103</sup>, acting only as a reference to interpret and apply the Regulation in accordance with the principle of non-discrimination. In other cases the reference to the principle contained in the preamble<sup>104</sup> or in the text itself of Regulation<sup>105</sup>, is more precise, since it aims at guiding the application of well-defined provisions such as public order clause<sup>106</sup> or the conditions impeding recognition and execution of decisions. On this point CJEU's jurisprudence has not yet been expressed and the scope of these claims appears for the moment not wholly clear or ambivalent<sup>107</sup>.

---

*d'insolvabilité transfrontalières: la reconnaissance mutuelle conditionnée par le respect du droit d'accès au juge*, in *Revue des Sociétés*, 2011, pp. 8ss and 443-447. M. MENJUCQ, *L'extension de procédure pour confusion de patrimoines passée au crible du règlement n° 1346/2000: une question à suspense!*, in *Revue des Procédures Collectives*, 2010, pp. 2ss. M. MENJUCQ, *La proposition de règlement modifiant le règlement (CE) n°1346/2000 sur les procédures d'insolvabilité: une évolution mais pas de révolution*, in *Revue des Procédures Collectives*, 2013, pp. 20ss. I. MEROVACH, *European insolvency law in a global context*, in *Journal of Business Law*, 13, 2011, pp. 668ss. I. MEROVACH, *The new proposed regime for EU corporate groups in insolvency: a critical note*, in *Corporate Rescue and Insolvency*, 2013, pp. 90ss. C. MOILLE, *Un point sur les conditions de la mise en oeuvre de la procédure initiale d'insolvabilité et son extension*, in *Revue Trimestrielle de Droit Européen*, 50, 2013, pp. 28ss. P. NABET, *Bref aperçu du projet de la commission pour la révision du règlement (CE) n° 1346/2000 sur l'insolvabilité*, in *Les Petites Affiches*, 2013, pp. 6ss. J. PAYNE, *Cross-border schemes of arrangement and forum shopping*, in *European Business Organization Law Review*, 14, m 2013, pp. 564ss. P. ROUSSEL-GALLE, *La proposition de révision du règlement n° 1346/2000 sur les procédures d'insolvabilité, entre prudence et audace*, in *La Semaine Juridique (édition entreprise)*, 2013, pp. 14ss. J.L. VALLENS, *Tourisme judiciaire et insolvabilité: les risques du forum shopping*, in *Revue des Procédures Collectives*, 2012, pp. 10ss. G.F. SCHLAEFER, *Forum shopping under the regime of the European insolvency Regulation*, in *International Insolvency Institute, International Insolvency Studies*, 2010, pp. 26ss. C. HONORATI, G. CORVO, *A double lesson from Interedil: higher Courts, lower Courts and preliminary ruling and further clarifications on COMI and establishment under EU insolvency Regulation*, in *International Insolvency Law Review*, 21 (4), 2012, pp. 655ss. C.H. VAN RHEE, *Harmonisation of civil procedure: An historical and comparative perspective*, in X.E. KRAMER, C.H. VAN RHEE, *Civil litigation in a globalizing World*, T.M.C. Asser Press, The Hague, 2012, pp. 41ss.

<sup>100</sup> S. PEERS et al. (eds.), *The EU Charter of Fundamental Rights: A commentary*, Hart Publishing, Oxford & Oregon, Portland, 2014

<sup>101</sup> CJEU, C-20/17, *Oberle* of 21 June 2018, ECLI:EU:C:2018:485; C-218/16, *Kubicka* of 12 October 2017, ECLI:EU:C:2017:755, above cited cases published in the electronic Reports of the cases.

<sup>102</sup> See also recital 49 of Regulation n. 1259/2010. For further analysis see: U. MAGNUS, P. MANKOWSKI, *Brussels IIbis Regulation*, op. cit.,

<sup>103</sup> See recital n. 73 of Regulation 2016/1103 and recital n. 71 of Regulation 2016/1104.

<sup>104</sup> According to recital n. 25 of Regulation n. 1259/2010: "(...) the courts should not be able to apply the public policy exception in order not to take into account a provision of the law of another State if this is contrary to CFREU, in particular to the art 21 prohibiting any form of discrimination See also recital No. 58 of Regulation No. 650/2012 which pays more broadly, that "(...) the courts or other competent authorities should not be allowed to make use of of the public objection to waive the law of another Member State or to refuse to recognize-or if appropriate, to accept-or to execute a decision, a public instrument or a court settlement issued in another Member State, if that occurred in violation of the CFREU, in particular of his art. 21 which prohibits any form of discrimination (...)" "The same clause recurred in recital No. 54 of Regulation 2016/1103 and in recital No. 53 of Regulation 2016/1104.

<sup>105</sup> Pursuant to art. 58 of Regulation 2016/1103 and of Regulation 2016/1104: "(...) the courts and other competent authorities of the Member States shall apply Article 37 of this Regulation in compliance with the fundamental rights and recognized principles of the Charter, in particular Article 21 on the principle of non-discrimination (...)"

<sup>106</sup> E. LOUIN, *El orden público y el arbitraje*, Editorial Universidad del Rosario, Bogotá, 2017.

<sup>107</sup> In this spirit see from the CJEU, conclusions of the Advocate General Saugmandsgaard Øe in case C-372/16, *Sahyouni*, ECLI:EU:C:2017:686, published in the electronic Reports of the cases, par. 84. The principle of non-discrimination referred to



**50.** Especially in the field of application of civil cooperation measures in family matters, the protection of fundamental rights of child, as provided for by art. 24 of CFREU and explicitly mentioned only in the preamble of Regulation no. 2201/2003<sup>108</sup>. As is clear from the explanations, the provision intends to refer to the provisions of New York Convention of 1989 on the rights of child, notwithstanding that only some of them are referred to as the source of inspiration for the text of art. 24 TFEU<sup>109</sup>, the entire text of Convention, ratified by all member states of the union and already referred to in the past by CJEU as a basis for the general principles of law, inevitably assumes a broader significance. The jurisprudence has already amply highlighted the centrality of the principle of the best interests of the child as a criterion that must guide all choices concerning him<sup>110</sup> and stressed the importance of latter's right to be heard before the national court<sup>111</sup>.

**51.** The preambles to regulations adopted so far refer to further fundamental rights protected by CFREU (such as the right to privacy and family life, the right to marry and establish a family, the right to protection of personal data, the right to property), whose relevance is linked to the specific object of individual acts. Naturally, these references cannot exhaust the list of fundamental rights that can be detected in matters of civil judicial cooperation, not only because CJERU can not be bound, where it has to assess needs linked to the guarantee of an instrument belonging to primary law, from the contents of an act of secondary law but also because already with respect to the measures adopted so far it appears possible to identify, within CFREU, additional parameters that could be relevant in the interpretation and application of the same<sup>112</sup>. On the other hand, the general scope of protection of fundamental rights and the need to respect them in all areas falling within the scope of civil judicial cooperation of union leads to the exclusion of any attempt to delineate ex ante a predefined group of relevant rights in the system of civil judicial cooperation.

## VI. The scope of application of CFREU in the system of civil judicial cooperation

**52.** It should be borne in mind that, by their very nature, the rules on civilian judicial cooperation are intended to be applied essentially by member states, since it is not in principle possible to establish an executive activity on the part of European Institutions.

**53.** With reference to the acts of member states, in the general principle of art. 51, par. 1 the scope of application of CFREU coincides with the scope of EU law<sup>113</sup>.

---

herein to exclude the applicability of the law of a third State which provides for divorce by a unilateral will of the husband (also in a situation in which Regulation No. 1259/2010 was applicable, for the purpose of recognition a divorce decision issued in Syria, by express reference to the German law and not in force). The issue has not been addressed in the judgment Sahyouni of 20 December 2017, ECLI:EU:C:2017:988, having been deemed that Regulation no. 1259/2010 is not applicable to divorces of a private nature.

<sup>108</sup> CJEU, C-111/17 PPU, *OL* of 8 June 2017, ECLI:EU:C:2017:436; C-565/17, *Saponaro and Xylina* of 19 April 2018, ECLI:EU:C:2018:265, published in the electronic Reports of the cases.

<sup>109</sup> For further details see: J.P. DOEK, T. LIEFAARD (eds.), *Litigating the rights of the child. The UN Convention on the rights of the child in domestic and international jurisprudence*, Oxford University Press, Oxford, 2015. T. LIEFAARD, J. SLOTH-NIELSEN, *The United Nations Convention on the rights of the child*, ed. Brill, The Hague, 2016, pp. 228ss. W. VANDENHOLE, E. DESMET, D. REYNAERT, *Routledge international handbook of children's rights studies*, ed. Routledge, London & New York, 2015. I. IUSMEN, H. STALFORD, *The European Union as a children's rights. Actor, law policy and structural*, Barbara Budrich Publishers, Opladen, Berlin, Toronto, 2016. R. LAMONT, *Family law*, Oxford university Press, Oxford, 2018.

<sup>110</sup> On the inextricable link between consideration of the child's best interests and respect for his fundamental rights see from the CJEU C-428/15, *D. (Child and Family Agency)* of 27 October 2016, ECLI:EU:C:2016:819, par. 44.

<sup>111</sup> CJEU, C-491/10 PPU, *Aguirre Zarraga* of 22 December 2010, ECLI:EU:C:2010:828, I-14247 par. 61 on the basis of this ruling, the proposal for the revision of Regulation no. 2201/2003, COM (2016) 411 final of 30 June 2016 contemplates the art. 20, concerning "the right to express the common opinion" that would establish a more precise obligation also with respect to art. 12 of the 1989 New York Convention, for the judges of the member states to proceed to the listening of the child if "capable of discernment".

<sup>112</sup> By way of example, articles 15 and 16 concerning professional freedom and the freedom to conduct a business with regard to contractual and non-contractual obligations can be cited. Articles 23 relating to equality between men and women and 30-33 relating to guarantees of workers' rights, in the matter of employment contracts. Article 38 concerning consumer protection still in the matter of contractual obligations.

<sup>113</sup> CJEU, conclusions in the case: C-524/15, *Menci* of 12 September 2017, ECLI:EU:C:2017:667, published in the electronic Reports of the cases.

54. In *Åkerberg Fransson* case<sup>114</sup>, CJEU was partially identified the scope, delimitating as a parameter to be used for this purpose the existence of a relevant link between domestic and EU law. In particular, this implies that, with respect to the specific case examined by the judge, the relevant national legislation is used to guarantee the implementation of Union law or produces such an effect<sup>115</sup>.

55. This broad criterion apparently has general scope and is intended to apply also with respect to the field of civil judicial cooperation, which also presents some peculiarities from this point of view, since the rules that are considered therein pertaining to the determination and the coordination of jurisdiction, judicial assistance in the conduct of civil proceedings of a uniform nature, the identification of the applicable law or finally the effectiveness of foreign decisions presented as instrumental to the conduct of civil proceedings. It may happen that the object of the latter is wholly unrelated to the scope of EU law, when the need to apply any EU law does not arise from a material law perspective. Similarly, it may happen that the conduct of the process is entirely governed by the internal law of a member state and that only a well-defined basis of it (for example, the assumption of a foreign approval) is subject to uniform rules on civil judicial cooperation. In such situations it is questionable whether the mere fact that the civil trial before the national court is subject to uniform rules of EU law is sufficient to place the whole case under the orbit of the provisions of CFREU.

56. According to our opinion the answer cannot be unitary, but requires taking into consideration the nature of various instruments that may be considered for this purpose and the forecasts contained in them with reference to relations with national law. It can move from a general consideration, concerning the need to consider subject to EU law only those cases that have transnational implications, meaning for them, according to a generally broad conception, those presenting elements of contact with several member states or with a member state and a third state.

57. With regard to the rules on jurisdiction, it is a general principle affirmed by CJEU already with reference to Brussels Convention, that according to which the conditions provided for by the Union are present because the case falls within its material and personal scope. Determination of jurisdiction is regulated by uniform rules towards third states<sup>116</sup>. On the other hand, with the exception of Regulation n. 1215/2012 (which uses the criterion of domicile of the defendant on the basis of the archetype of the Brussels Convention), the determination of jurisdiction is exhaustively *ratione personae*, whether the rules of national jurisdiction come to certain conditions referred to and therefore attracted to the scope of the Union Regulation<sup>117</sup>, whether the uniform rules completely replace national jurisdiction rules<sup>118</sup>. It

---

<sup>114</sup> CJEU, C-617/10, *Åkerberg Fransson* of 26 February 2013, ECLI:EU:C:2013:10, published in electronic reports of the cases, par. 19ss. It is no coincidence that references to the most prominent court rulings are aimed solely at enhancing the binding nature of the general EU principles (CJEU, C-4/73, *Nold* of 14 May 1974, ECLI:EU:C:1974:51, I.00491, par. 13; case C-44/79, *Hauer* of 13 December 1979, ECLI:EU:C:1979:290, I-03727, par. 15-16; case C-5/88, *Wachauf* of 13 July 1989, ECLI:EU:C:1989:321, I-02669, par. 17) although, constant references to the content of the Convention as a parameter to determine the content of these principles are not lacking (see also the case: C-260/89, *ERT* of 18 June 1991, ECLI:EU:C:1991:254, I-02925, par. 41). For further details and analysis see: M. BROBERG, N. FENGER, *Preliminary references to the European Court of Justice*, Oxford University Press, Oxford, 2014, pp. 402ss. L.J. CONANT, *Justice contained. Law and politics of the European Union*, Cornell University Press, Ithaca, 2018. G. BECK, *The legal reasoning of the Court of Justice of the European Union*, Hart Publishing, Oxford & Oregon, Portland, 2013. M. DERLÈN, J. LINDHOLM, *The Court of Justice of the European Union. Multidisciplinary perspectives*, Hart Publishing, Oxford & Oregon, Portland, 2018.

<sup>115</sup> The same spirit of orientation also in the next cases: CJEU, C-206/13, *Siragusa* of 6 March 2014, ECLI:EU:C:2014:126, published in the electronic reports of the cases. C-482/10, *Cicala* of 21 December 2011, ECLI:EU:C:2011:868, I-14139. For further details see: P. CRAIG, *European Union administrative law*, op. cit., M. BROBERG, N. FENGER, *Preliminary references to the European Court of Justice*, Oxford University Press, Oxford, 2014.

<sup>116</sup> CJEU, C-281/02, *Owusu* of 1st March 2005, ECLI:EU:C:2005:120, I-01383, relating to a situation in which the defendant was domiciled in the territory of a Contracting State but most of the other items were in a third State. For further details see: J. HILL, A. CHONG, *International commercial disputes: commercial conflict of laws in English Courts*, Hart Publishing, Oxford & Oregon, Portland, 2018.

<sup>117</sup> According to the artt. 7 and 14 Regulation n. 2201/2003. On the methods for applying the first provision, see from the CJEU: C-68/07, *Sundelind Lopez* of 29 November 2007, ECLI:EU:C:2007:740.

<sup>118</sup> As happens starting from Regulation n. 4/2009. See also from the CJEU the next cases: C-214/17, *Mölk* of 20 September

should also be added that national rules can be considered integrated into EU rules also whenever they are explicitly or implicitly referred to some of the elements that underlie the title of jurisdiction<sup>119</sup> or to allow the functioning of rules related to determination<sup>120</sup> or coordination of jurisdiction<sup>121</sup>.

**58.** To the extent that the assessment of jurisdiction takes place on the basis of Union or national rules referred to therein, there is no doubt that it falls within the scope of CFREU, which also extends to all those other aspects of the process that find their discipline in union instruments in connection with the determination of jurisdiction. This includes verifying the admissibility of the action, including in relation to the notification of application, the determination and effects of liaison and connection<sup>122</sup>; as well as the profiles relating to the precautionary jurisdiction and the conditions for the exercise of the same, sometimes governed directly by the uniform rules<sup>123</sup>.

**59.** Member states are certainly called upon to take into account the provisions of CFREU when they give concrete application to the rules of EU, but this does not exhaust the scope of relevance of CFREU. Although it certainly does not pose the ultimate conclusion that the determination of jurisdiction on the basis of uniform rules implies that the internal conduct of the procedure is only for this reason to be considered subject to EU law, all national provisions must be included in this which are also used to implement uniform rules on jurisdiction or which have effects on their application. It seems that those rules that regulate procedures or mechanisms functional to the establishment of jurisdiction in transnational situations when they are used within the scope of regulations pursuant to art. 81 TFEU<sup>124</sup>, and those rules that may have the effect of limiting or preventing the exercise of jurisdiction established on the basis of these regulations<sup>125</sup>. On the contrary, it is doubtful whether the rooting of jurisdiction on

---

2018, ECLI:EU:C:2018:744; C-558/16, *Mahnkopf* of 1st March 2018, ECLI:EU:C:2018:138; C-467/16, *Schlömp* of 20 December 2017, ECLI:EU:C:2017:993 all the cited cases was published in the electronic Reports of the cases.

<sup>119</sup> See in particular the art. 62 of Regulation n. 1215/2012 relative to the determination of the domicile of the parties according to the national law of the court seised or of the place of domicile. An implicit reference is also made when the title of jurisdiction is based on the citizenship of one of the parties, which remains governed, in principle, by the domestic law of the Member States. The relevance of state citizenship as a prerequisite for European citizenship can moreover, some aspects of the first under the law of the European Union, as held by CJEU C-135/08, *Rottmann* of 2 March 2010, ECLI:EU:C:2010:104 I-01449. On the question of the multiple citizenships in the presence of a title of jurisdiction founded on the citizenship, see from the CJEU the case C-168/08, *Hadadi* of 16 July 2009, ECLI:EU:C:2009:474, I-06871.

<sup>120</sup> For example regarding the tacit extension of jurisdiction pursuant to art. 24 of the Regulation n. 1215/2012. See also from the CJEU the case: C-327/10, *Hypote ni banka* of 17 November 2011, ECLI:EU:C:2011:745 I-0000, par. 37; C-350/14, *Lazar* of 12 December 2015, ECLI:EU:C:2015:802; C-297/14, *Hobobm* of 8 September 2015, ECLI:EU:C:2015:556, the above cases was published in the electronic Reports of the cases. For further details see: P. BEUAMONT, M. DANON, K. TRIMMINGS, B. YÜKSEL, *Cross-border litigation in Europe*, Hart Publishing, Oxford & Oregon, Portland, 2017.

<sup>121</sup> This applies, for example, to the profiles relating to the application of the uniform criterion of provenance laid down by the regulations for the purposes of lis pendens and connection, such as that outlined in art. 32 of Regulation n. 1215/2012.

<sup>122</sup> On the innovative character of the articles 33 and 34 of Regulation n. 1215/2012 which also regulate lis pendens and the connection with cases pending in third States see: F. MARONGIU BUONAUTI, *Lis alibi pendens and related actions in the relationships with the courts of third countries in the recast of the Brussels I Regulation*, in *Yearbook of Private International Law*, 2014, pp. 88ss.

<sup>123</sup> See the art. 20 of the Regulation n. 2201/2003 regarding provisional and precautionary measures in matrimonial matters of parental responsibility, and above all Regulation n. 655/2014 regarding the attachment of bank accounts. D. LIAKOPOULOS, *European integration and its relation with the jurisprudence of European Court of Human Rights and private international law of European Union*, in *Homa Publica.Revista Internacional de Direitos Humanos e Impresa*, 2 (2), 2018.

<sup>124</sup> For this solution with reference to the national procedures applicable to the return of the child see from the CJEU the case: C-498/14 PPU, *Bradbrooke* of 9 January 2015, ECLI:EU:C:2015:3, published in the electronic Reports of the cases, par. 52. D. LIAKOPOULOS, *Protection of human rights between European Court of Human Rights and Court of European Union*, in *International and European Union Legal Matters*, 2015.

<sup>125</sup> On the use of anti-suit injunction in the field of application of Regulation no. 44/2001 see from the CJEU the case: C-185/07, *Allianz* of 11 February 2009, ECLI:EU:C:2009:69, I-00663. With respect to the scope of the Brussels Convention, see the case C-159/02, *Turner* of 27 April 2004, ECLI:EU:C:2004:228, I-03565. See also: T. KRUGER, *Civil jurisdiction rules of the EU and their impact on third State*, Oxford University Press, Oxford, 2008, pp. 262ss. A. SADLER, *From the Brussels Convention to Regulation 44/2001. Cornerstones of a European law of civil procedure*, in *Common Market Law Review*, 42 2005, pp. 1638ss. See also the next cases from the CJEU: C-325/18 PPU, *C.E. and N.E.* of 19 September 2018, ECLI:EU:C:2018:739; C-595/17, *Apple Sales International and others* of 24 October 2018, ECLI:EU:C:2018:854; C-337/17, *Fenikes* of 4 October 2018, ECLI:EU:C:2018:805, all of them published in the electronic Reports of the cases.

the basis of a title envisaged or referred to by EU law can make the provision of CFREU relevant to the reasonable duration of the process relevant to the relevant judgment, in consideration of the negative sign in the past by CJEU on this specific point.

**60.** With regard to mutual legal assistance, the principle expressed in *Åkerberg Fransson* sentence seems to operate in a substantially similar manner, since EU instruments regulate a specific phase or procedural activity with uniform rules (the notification of an act), which only falls within the scope of EU law.

**61.** They need to be integrated by rules of the member state in which the activities must be carried out as punctually provided for by art. 10 of Regulation n. 1206/2001 on the execution of requests for recruitment of evidence coming from the judicial authority of another member state or from art. 7 of Regulation no. 1393/2007 for the execution of requests for notification following transmission to the receiving agency<sup>126</sup>. It is evident that when the national procedural rules are applied to the execution of a request for judicial assistance based on acts and regulations, they are still absorbed in the field of application of EU law with the consequent need to take account of the related needs of CFREU.

**62.** A specific problem may arise with regard to the consequences that the judicial assistance activities carried out in the requested member state can produce in the trial before the judicial authority of the home member state. One might ask whether the national rules governing the effects that the judge is called upon to draw from the notification of a judicial act pursuant to Regulation n. 1393/2007 or the evaluation of tests undertaken pursuant to Regulation n. 1206/2001 can present a connection with the scope of EU law and therefore be correlated with the protection of fundamental rights provided by CFREU. In consideration of the criterion used by CJEU to apply art. 51, par. 1 CFREU<sup>127</sup> and the strictly procedural nature of the instruments in question, it seems to us that in these cases the application of national law can be considered connected with EU law when the judge is called to draw consequences on the procedural level from the notification of a judicial act (for example, for the purposes of defending a term) or evidence taken abroad (for example, in relation to its admissibility or the manner in which it is recruited)<sup>128</sup>, but not when these consequences are reflected in the application of material law, which can remain totally unrelated to the scope of EU law.

**63.** Where regulations in accordance with art. 81 TFEU providing for uniform civil proceedings, it is necessary to take into account, first of all, the optional nature of these proceedings. Therefore, only in the presence of a choice of the plaintiff to substantiate the same, the case may fall within the scope of EU law<sup>129</sup>.

<sup>126</sup> D. LIAKOPOULOS, *Protection of human rights between European Court of Human Rights and Court of European Union, in International and European Union Legal Matters*, 2015.

<sup>127</sup> J. MEYER (ed.), *Charta der Grundrechte der Europäischen Union*, ed. Nomos, Baden-Baden, 2014.

<sup>128</sup> In the sense that even in a case where the court of the Member State of origin chooses not to resort to the rules of Regulation n. 1206/2001 and apply the national law to sue before a witness living abroad, the consequences of the failure to appear a witness must be appreciated according to the law of the member state of origin “provided they are applied in compliance with the law ‘Union (...)’”. See also from the CJEU C-170/11, *Lippens* of 6 September 2012, ECLI:EU:C:2012:540, published in the electronic Reports of the cases, par. 38ss. The application of national procedural law to the consequences of the unjustified refusal to receive the notification see the case C-384/14, *Alta Realitat* of 28 April 2016, ECLI:EU:C:2016:316, published in the electronic Reports of the cases, par. 81ss.

<sup>129</sup> CJEU, C-618/10, *Banco Español de crédito* of 14 June 2012, ECLI:EU:C:2012:349, par. 79; C-488/13, *Parva Investition Banka* of 9 September 2014, ECLI:EU:C:2014:2191, above published in the electronic Reports of the cases. The different conclusion reached in the cited obiter dicta of the *Lippens* of 6 September 2012 seems justified by the fact that Regulation n. 1206/2001 (Council Regulation (EC) No 1206/2001 of 28 May 2001 on cooperation between the courts of the Member States in the taking of evidence in civil or commercial matters, OJ L 174, 27.6.2001, p. 1-24) not expressly qualified as an instrument of an optional nature, even if the CJEU considered that the judge can choose to cite a witness before him/herself, without applying the Regulation. For further analysis see: M. CREMONA, H.W. MICKLITZ, *Private law in the external relations of the European Union*, Oxford University Press, Oxford, 2016. D. LIAKOPOULOS, *Conflicts of law in the European Union Law*, in *International and European Union Legal Matters*, 2010. L. IDOT, S. FRANQ, J. BASEDOW, *International antitrust litigation: Conflict of laws and coordination*, Hart Publishing, Oxford & Oregon, Portland, 2012.

64. In this case too, the recourse to the regulations provided for by the regulations cannot fall within the scope of EU law even if those national provisions are to be used as a result of explicit or implicit recall of the regulations themselves<sup>130</sup>, when they refer to any aspect not provided for in the national law of the forum addressed<sup>131</sup>.

65. These instruments also contain rules that will be used to coordinate the procedures they have regulated with other procedures intended to be carried out according to national law. Thus according to Regulation n. 1896/2006 the opposition to European order for payment determines the start of an ordinary civil proceeding. According to Regulation n. 861/2007 the sentence issued in a small-scale dispute is subject to an appeal based on the *lex fori*<sup>132</sup>, according to Regulation n. 655/2014 the order of attachment must be followed by the introduction of merit procedure<sup>133</sup>. In this case, too, it is necessary to ask whether these further proceedings governed by domestic law of member states and the national rules applicable to them fall due to the link with the respective uniform procedure within the scope of EU law and are therefore subject to CFREU standards.

66. Despite the fact that in all cases there is an undoubted connection between the proceedings governed by uniform legislation and those governed by national law, a differentiated response is preferable. Whilst the appeal of the sentence pronounced in the procedure provided for by Regulation no. 861/2007 is nothing more than the natural continuation of the degree of judgment that has taken place according to the uniform rules, both the opposition to the European order for payment and the judgment of merit with respect to the European sequestration order open a completely new procedural phase distinct from the antecedent<sup>134</sup>. It seems logical to consider that, by limiting the right of EU to regulate the

<sup>130</sup> Referral to national law on the consequences of non-notification of a European order for payment in accordance with the minimum standards laid down in the Regulation n. 1896/2006 see from the CJEU joined cases joined cases joined cases C-119/13 and C-120/13, *Eco Cosmetics GmbH v. Virgine Laetitia Barbara Dupuy and Tetyana Bonchuk* of 4 September 2014, ECLI:EU:C:2014:2144, par. 45ss. Regulation (EC) No 1896/2006-creating a European order for payment procedure. See from the ECJ the next cases: C-508/12, *Walter Vapenik v. Josef Thurner* of 5 December 2013, ECLI:EU:C:2013:790, published in the electronic Reports of the cases; C-300/13, *Imtech Marine Belgium NV v. Hellenic Radio SA* of 17 December 2015, ECLI:EU:C:2015:188, published in the electronic Reports of the cases, which the CJEU has declared that: “(...) certification is a measure of a judicial nature and is therefore reserved to the Court, and that is necessary to distinguish between the certification of a decision as the European enforcement order itself and the formal act of issuing the certificate and in particular the model contemplated by art. 9 of the rules of procedure (...)”. C-511/14, *Pebros Servizi Srl v. Aston Martin Lagonda Ltd v. Aston Martin Lagonda Ltd* of 16 June 2016, ECLI:EU:C:2016:448, published in the electronic Reports of the cases, which the CJEU has stated that: “(...) the default judgment was to be counted among the executive title that were to be certified as a European enforcement order, even if it could not, in fact, to be certified as a European enforcement order the pronouncement pronounced in absentia when it was impossible to identify the domicile of the defendant also for the purposes of notification (...)”. And in case of monitor process see: C-144/12, *Goldbet Sportwetten v. Massimo Sperindeo* of 13 June 2013, ECLI:EU:C:2013:383; C-215/11, *Iwona Szyrocka v. SiGer Technologie GmbH* of 13 December 2012, ECLI:EU:C:2012:794; joined cases C-119/13 and C-120/13, *Eco Cosmetics GmbH v. Virgine Laetitia Barbara Dupuy and Tetyana Bonchuk* of 4 September 2014, ECLI:EU:C:2014:2144; C-245/14, *Thomas Cook Belgium NV v. Thurner Hotel GmbH* of 22 October 2015, ECLI:EU:C:2015:715; C-94/14, *Flight Refund Ltd vs. Deutsche Lufthansa AG* of 10 March 2016, ECLI:EU:C:2016:148, the above cited cases published in the electronic Reports of the cases. For further analysis of the above cases see: M. DUROVIC, *European law on unfair commercial practices and contract law*, Hart Publishing, Oxford & Oregon, Portland, 2016, pp. 106ss. M. HAZELHORST, *Free movement of civil judgments in the European Union and the right of fair trial*, ed. Springer, The Hague, 2017, pp. 438ss. T. RAUSCHER, *Internationales Privatrecht mit internationalem Verfahrensrecht*, C.H. Beck, München, 2017, pp. 686ss. F. EICHEL, *Keine rügelose Einlassung in Europäischen Mahnverfahren*, in *Revue de Droit Privé de L'Union Européenne*, 24, 2014. M. BOBEK, *Central European judges under the European influence. The transformative power of the EU revisited*, Hart Publishing, Oxford & Oregon, Portland, 2015, pp. 234ss. P. GRUBER, *Die Nichtgerklärung eines europäischen Zahlungsbefehls*, in *Zeitschrift für das Privatrecht der Europäischen Union*, 13 (1), 2016, pp. 153ss. W. JELINEK, S. ZANGL, *Insolvenzordnung*, Manz Verlag, Wien, 2017.

<sup>131</sup> In this sense from the CJEU, C-215/11, *Szyrocka* of 13 December 2012, ECLI:EU:C:2012:794, par. 34 with reference to court fees in the European order for payment procedure. See also: C-300/14, *Imtech Marine Belgium* of 17 December 2015, ECLI:EU:C:2015:825, above published in the electronic Reports of the cases. According to which Regulation n. 805/2004 does not require the Member State to establish a review procedure for uncontested claims, but where the Member State establishes the procedure it must comply with the requirements of Union law.

<sup>132</sup> CJEU, C-627/17, *ZSE Energia* of 22 November 2018; ECLI:EU:C:2018:941, published in the electronic Reports of the cases.

<sup>133</sup> T. RAUSCHER, *Internationales Privatrecht mit internationalem Verfahrensrecht*, C.H. Beck, München, 2017.

<sup>134</sup> Thus the expression envisaged by art. 16 of the Regulation n. 1896/2006 on a mere complaint of credit, initiates an ordinary civil procedure and the injunction remains devoid of any effect.

effects of the or non-opening of the new procedural step<sup>135</sup>, the performance of the latter must be considered extraneous to the scope of EU law and therefore of CFREU (unless you are attracted by reason of the link with the subject of the proceeding).

**67.** The identification of national rules that can be used for the implementation of these conflict rules using the parameter outlined in the *Åkerberg Fransson* judgment can be quite varied. In the first place, the national rules that are the subject of express reference in the regulations can certainly be qualified in this sense. Among these may be reminded by way of example, the national rules that allow the choice of the law regulating divorce and personal separation during the course of the case, which may be detected pursuant to art. 5, par. 3 of Regulation no. 1259/2010<sup>136</sup>.

**68.** In this context, they can mainly detect national rules relating to general questions of private international law insofar as they remain applicable in the absence of a uniform solution provided for by the regulations pursuant to art. 81 TFEU<sup>137</sup>. Among these we can mention national rules on issues concerning positive and negative conflicts of citizenship for which a uniform solution does not seem to arise, as well as those relating to the verification of foreign law.

**69.** It is necessary to question the possibility that laws referred to in conflict rules should also be considered as relevant national rules for the implementation of EU law. A similar question is due to the particular formulation of the 16th recital of Regulation no. 1259/2010, in the matter of divorce and personal separation “the law chosen by the spouses must comply with the fundamental rights recognized by treaties and CFREU<sup>138</sup>. From this formulation it seems to be necessary to find that, in the opinion of the Board, the applicable material law may also be subjected to a check for compatibility with the requirements of protection of fundamental rights. This would imply a much wider control than that allowed by the limit of public order since it could not only concern the law of the forum but would not be subordinated to the confirmation of a manifest incompatibility as required by the provisions on public policy.

**70.** A similar conclusion based on a weak textual clue, which does not appear in other regulations, appears to be excessively extensive. In this regard, it does not seem that the link between the conflict rules and the *lex causae* is the same as that described in the *Åkerberg Fransson* judgment, since it cannot be said that the applicable material law which may also belong to third-country laws is actually used to implement the rules of conflict of EU<sup>139</sup>. One followed the reasoning that seems to underlie the passage mentioned above in the preamble of Regulation no. 1259/2010 derives from the application of the conflict rules contained in the regulations pursuant to art. 81 TFEU an indiscriminate extension of the field of application of EU law (and of CFREU) to the solution, on the plane and material right, of all civil disputes that present an element of extraneousness. But this indication does not seem to be really compatible with the approach taken by the Court of Justice in delimiting that scope of application<sup>140</sup>.

**71.** It remains the possibility to examine the contrast of material right referred to by the conflict rules with the public order of the requested member state, whose content is inevitably also influenced

<sup>135</sup> As we can see in the case from the CJEU: C-144/12, *Golbet Sportwetten* of 13 June 2013, ECLI:EU:C:2013:393, published in the electronic Reports of the cases, par. 31ss. For further details and analysis see: D. ACOSTA ARCARAZO, C.C. MURPHY, *European Union security and justice law after Lisbon and Stockholm*, Hart Publishing, Oxford & Oregon, Portland, 2014.

<sup>136</sup> T. RAUSCHER, *Internationales Privatrecht mit internationalem Verfahrensrecht*, C.H. Beck, München, 2017.

<sup>137</sup> F. MARTUCCI, *Droit de l'Union européenne*, op. cit.,

<sup>138</sup> T. RAUSCHER, *Internationales Privatrecht mit internationalem Verfahrensrecht*, C.H. Beck, München, 2017. S. DE VRIES, U. BERNITS, S. WEATHERILL, *The EU Charter of Fundamental Rights as a binding instrument. Five years old and growing*, Oxford University Press, Oxford, 2015.

<sup>139</sup> On the other hand, the aforementioned recital refers exclusively to the law chosen by the parties and has no general scope. Also in light of the circumstance that no mechanism is foreseen in the provisions of the Regulation to supervise the compatibility check with CFREU, it should be considered that the mention is intended rather to draw attention to the possible risks of choosing law in a subject so sensitive.

<sup>140</sup> CJEU, C-400/10 PPU, *McB*, of 5 October 2010, ECLI:EU:C:2010:582, I-08965.

by CFREU norms or to apply specific provisions that require the judge to discard foreign laws that are contrary to the protection of certain fundamental rights<sup>141</sup>.

72. It is necessary to examine how the scope of EU law is articulated in the area of effectiveness of decisions, first of all taking into account the fact that the measures adopted so far only apply to the circulation of decisions between member states. For the moment, the recognition and enforcement of decisions by third states remain extraneous to the scope of Union law, with the sole exception of matters governed by international conventions concluded by the union itself or by member states in its interest<sup>142</sup>.

73. Also in this case, despite the fact that the regulations define in detail the procedures from time to time envisaged for the declaration of enforceability, for the main ascertainment of the absence of grounds impeding recognition for the refusal of recognition or enforcement and the rules of national procedures can be highlighted in relation to unregulated profiles<sup>143</sup>.

74. On the other hand, the regulation of enforcement procedures remains tended to be in the sphere of national law<sup>144</sup> because following the declaration of enforceability or accompanied by the certificate in matters in which the exequatur was abolished, the sentence of another member state is entirely equivalent to a national judgment<sup>145</sup>. Since the regulations of EU provide a punctual guarantee for the effective enforcement of decisions coming from other member states, possibly after declaration of enforceability if national rules hinder its implementation and consequently the free circulation of decisions, the case could be included within the scope of EU law to the extent that the effectiveness of the latter is affected.

## VII. Weighting between rights as a general interpretative criterion in civil judicial cooperation

75. If CFREU is applicable to the case under consideration in so far as it falls within the scope of application of EU law, the latter will be able to deploy the various functions described above from time to time. In the field of civil judicial cooperation, the impact of CFREU must be commensurate with the need to take into account the type of relationship affected by this competence of the EU, which correspond to horizontal relations, inevitably subject to private law.

76. This is derived from the same definition of civil and commercial matters that are not found in art. 81 TFEU<sup>146</sup> but CJEU jurisprudence has dealt with the interpretation of individual acts adopted by the union. In particular, this definition excludes the fiscal, customs and administrative matters and the

<sup>141</sup> See for example the art. 10 of Regulation n. 1259/2010 pursuant to which "(...) if the applicable law pursuant to Article 5 or Article 8 does not provide for divorce or does not grant one of the spouses, because belonging to one or the other sex, equal access conditions to the divorce or the personal separation, the law of the forum applies (...)". In the sense that the art. 10 applies automatically whenever the law referred to does not provide for divorce or does not allow equal access to separation or divorce.

<sup>142</sup> In the sense that CJEU is not competent to interpolate international conventions concluded by the Member States as not belonging to EU law, except in the case where the latter was subsequently replaced by the Member States in the competence relating to the matter in which it was stipulated the Convention. See from the CJEU, C-533/08, *TNT, Express Nederland* of 4 May 2010, ECLI:EU:C:2010:243, I-04107, par. 59ss.

<sup>143</sup> In the sense that the appeal aimed at challenging the declaration of enforceability pursuant to Regulation n. 44/2001 although governed by national law constitutes implementation of Union law. CJEU, C-156/12, *GREP* of 13 June 2012, ECLI:EU:C:2012:342; C-322/14, *El Majdoub* of 3 July 2015, ECLI:EU:C:2015:334; C-297/14, *Hobobm* of 23 December 2015, ECLI:EU:C:2015:844; C-375/13, *Kolassa* of 28 January 2015, ECLI:EU:C:2015:37; C-548/12, *Brogssitter* of 13 March 2014, ECLI:EU:C:2014:148, all cited cases was published in the electronic Reports of the cases.

<sup>144</sup> CJEU, C-4/14, *Bohez* of 9 September 2015, ECLI:EU:2015:563, published in the electronic Reports of the cases, par. 51

<sup>145</sup> CJEU, C-139/10, *Prism Investments* of 13 October 2011, ECLI:EU:C:2011:653, I-09511, par. 40; C-148/84, *Deutsche Genossenschaftsbank* of 2 July 1985, ECLI:EU:C:1985:280, I-01981, par. 18. For further details and analysis see: A. BRIGGS, *Civil jurisdiction and judgments*, CRC Press, New York, 2015.

<sup>146</sup> M. POIARES MADURO, M. WIND, *The transformation of Europe: Twenty-five years on*, Cambridge University Press, Cambridge, 2017, pp. 321ss.

matter of the responsibility of States for actions or omissions in the exercise of public powers. According to this logic, a case may be considered extraneous to civil matters when public authority is involved and this acts in the exercise of its power of authority<sup>147</sup>.

**77.** Now this does not result in significant consequences with respect to CFREU's ability to produce direct effects. In fact, the provisions from which "norms capable of conferring rights to individuals" can be evinced are capable of producing direct effects both vertically and horizontally<sup>148</sup>; while those that do not have this feature will be unfit tout court to be included in the scheme of direct effectiveness and can only be detected on the interpretative level within the limits established by art. 52, par. 5 CFREU<sup>149</sup>.

**78.** But the very fact that the legal relations involved in civil judicial cooperation have a horizontal nature makes it clear that in the disputes submitted to the courts of member states there is an extraordinary phenomenon of competition between fundamental rights of the two opposing parties with the consequence that the criterion of fair balance is a recurring interpretative tool in this matter.

**79.** A similar approach is confirmed by the fact that in this ambit, the reference to art. 47 CFREU<sup>150</sup>, which requires to take into account the overall scope of the principles expressed therein in relation to the structure of civil trial<sup>151</sup>, insofar as they guarantee, at the same time, plaintiff's right to an effective remedy and defendant's right to guarantee his defense.

**80.** Although this dual dimension of the principle does not seem to emerge from the indications expressed in articles 67 and 81 TFEU<sup>152</sup>, which emphasize on one side access to justice and on the other, the importance of circulation of decisions. CJEU has repeatedly acknowledged the importance of rights of defense and the need to take account of their equal importance.

**81.** In the jurisprudence there has been constant emergence since the rulings concerning Brussels Convention, to the reference of the necessary reconciliation between the opposing needs to guarantee a simplification of formalities connected to the exercise of the right of action and the circulation of decisions and to ensure the observance of rights of defense. This reconciliation does not necessarily follow pre-established formulas but must be carried out keeping in mind, on the one hand, the different structure of the individual acts and on the other the needs inherent to the specific case.

**82.** From the first point of view, the weighting between the right of the plaintiff for access to justice and of the defendant to effectively exercise his rights of defense is affected primarily by the aim pursued by individual measures.

**83.** With regard to service of judicial documents pursuant to Regulation n. 1393/2007 and the previous Regulation n. 1348/2000, CJEU has considered from its first decisions that the rights of defense of the recipient must be ensured<sup>153</sup> without going so far as to effectively prevent the simplification of

<sup>147</sup> CJEU, C-645/11, *Sapir and others* of 11 April 2013, ECLI:EU:C:2013:228, par. 33; C-302/13, *FlyLAL-Lithuanian Airlines* of 23 October 2014, ECLI:EU:C:2014:2319, par. 30, above the cited cases published in the electronic Reports of the cases.

<sup>148</sup> Expressly in the sense that the art. 47 CFREU is able to produce direct horizontal effects, in this case it was considered irrelevant that one of the parties was a third State, since it related to the subordinate employment relationship like an individual. A. SANGER, *State immunity and the right of access to a court under the EU Charter of Fundamental rights*, in *International and Comparative Law Quarterly*, 65 (1), 2016, pp. 214ss.

<sup>149</sup> T. RAUSCHER, *Internationales Privatrecht mit internationalem Verfahrensrecht*, C.H. Beck, München, 2017.

<sup>150</sup> C. MAK, *Rights and remedies: Article 47 EUCFR and effective judicial protection in European private law matters*, op. cit., G. LEBRUN, *De l'utilité de l'article 47 de la Charte des droits fondamentaux de l'union européenne*, op. cit.,

<sup>151</sup> On the other hand, it is to this structure that the values referring to their own needs and international judicial cooperation must be considered, on the basis of which the need to guarantee a flexibility of the right to a fair trial is prefigured, since in fact those needs do not constitute other than an emphasis on protecting the right to action in cross-border disputes.

<sup>152</sup> A. MANGAS MARTÍN, *Tratado de la Unión Europea, Tratado de Funcionamiento*, ed. Marcial Pons, Madrid, 2018.

<sup>153</sup> CJEU, C-223/14, *Tecom Mican SL and Arias Dominguez* of 11 November 2015, ECLI:EU:C:2015:744, published in the electronic Reports of the cases.



formalities envisaged by the instrument or to place excessive burdens on the sender<sup>154</sup>. After the entry into force of the Treaty of Lisbon, this reconstruction was consistently re-proposed, corroborating it with express references to CFREU.

**84.** Firstly, it has been established that the means of notification which provide only a legal presumption of knowledge without guaranteeing in any way the delivery of the deed to the addressee habitually resident in a different member state, are incompatible with the rights of defense<sup>155</sup>. Starting with the defense of *Leffler* of 8 November 2005<sup>156</sup> CJEU has stated that if the respect of rights of defense and the right to the due process impose to allow the addressee to refuse an act not accompanied by its translation, would be incompatible with the objectives pursued by the Regulation to believe that such a lack cannot be remedied<sup>157</sup>. For the same reason CJEU comes to affirm that the effects of the amnesty are produced at different times for the sender and for the recipient<sup>158</sup>. After the entry into force of the Treaty of Lisbon CJEU has repeatedly stated that the use of the standard form provided for by the Regulation constitutes an essential formality to ensure respect for the rights of defense, as it allows the recipient to be aware of his right to refuse the act. But at the same time its omission does not imply the nullity of notification but the obligation to regularize it<sup>159</sup>.

**85.** A similar reasoning is carried out by CJEU with respect to the instruments designed to favor the free circulation of decisions, especially when it must assess, pursuant to art. 45 of Regulation n. 1215/2012, the existence of grounds for refusal of recognition or enforcement based on failure to notify or notify the application. This impeding condition in the sense that the “regular” communication or notification of the introductory act was necessary in time for the defendant to prepare his defense<sup>160</sup>. With art. 34 of Regulation no. 44/2001 this condition of regularity of notification was suppressed with the consequence that the decision may not be recognized or performed in another member state only if it has not been communicated or notified to the defendant<sup>161</sup> in time to present his defenses, except that even though he had the possibility, he did not challenge the decision<sup>162</sup>.

**86.** With the *ASML* judgment of 14 December 2006<sup>163</sup> CJEU has clearly indicated the need to interpret this provision taking into account, at the same time, legislator’s decision to further expand the spaces for the circulation of decisions and the need not to excessively compress defendant’s right of defense. Therefore, in that judgment CJEU found that the defendant can rely on the ground for non-disclosure or notification of the application, whenever he, although aware of the existence of the decision, did not receive the communication or the notification and therefore could not challenge it.

<sup>154</sup> T. RAUSCHER, *Internationales Privatrecht mit internationalem Verfahrensrecht*, op. cit.

<sup>155</sup> CJEU, C-325/11, *Alder* of 19 December 2012, ECLI:EU:C:2012:824, published in the electronic Reports of the cases, par. 35.

<sup>156</sup> CJEU, C-443/03, *Leffler* of 8 November 2005, ECLI:EU:C:2005:665, I-09611.

<sup>157</sup> CJEU, C-443/03, *Leffler* of 8 November 2005, ECLI:EU:C:2005:665, I-09611, par. 42.

<sup>158</sup> On the need for an interpretation inspired by a fair balance of the norms that allow the recipient to reject the act from the CJEU the case C-14/07, *Weiss and Partner* of 8 May 2008, ECLI:EU:C:2008:264 I-03367, according to which it is sufficient that the document introducing the judgment (and not also the supporting documents) are drafted in a language understandable to the addressee.

<sup>159</sup> CJEU, C-519/13, *Alpha Bank Cyprus* of 16 September 2015, ECLI:EU:C:2015:603; C-354/15, *Henderson* of 2 March 2017, ECLI:EU:C:2017:157, par. 58, above published in the electronic Reports of the cases.

<sup>160</sup> According to art. 27, n. 2 of the Convention see from the CJEU, C-49/84, *Debaecker and Plouvier* of 11 June 1985, ECLI:EU:C:1985:252, I-01779; C-522/03, *Scania Finance France* of 13 October 2005 of 13 October 2005, ECLI:EU:C:2005:606 I-08639; C-3/05, *Verdoliva* of 16 February 2006, ECLI:EU:C:2006:113 I-01579.

<sup>161</sup> See in argument from the CJEU: C-386/17, *Liberato* of 16 January 2019, ECLI:EU:C:2019:24; C-308/17, *Kuhn* of 15 November 2018, ECLI:EU:C:2018:911; C-296/17, *Wiener & Trachte* of 14 November 2018, ECLI:EU:C:2018:902; C-560/16, *E.On Zurich Holding* of 7 March 2018, ECLI:EU:C:2018:167; C-368/16, *Assens Havn* of 13 July 2017, ECLI:EU:C:2017:546; C-341/16, *Hassen Beleggingen* of 5 October 2017, ECLI:EU:C:2017:738, the cited cases was published in the electronic Reports of the cases.

<sup>162</sup> In the sense that the fact that the decision has been appealed precludes ex se, if it is possible to assert this impeding cause, CJEU, C-420/07, *Apostolides* of 28 April 2009, ECLI:EU:C:2009:271, I-03571, par. 72.

<sup>163</sup> CJEU, C-283/05, *ASML* of 14 December 2006, ECLI:EU:C:2006:787, I-12041.

**87.** Based on the principles expressed in this ruling, in the subsequent rulings relative to this provision CJEU explicitly referred to the need to ensure a “fair balance” between the need for effectiveness linked to the principle of mutual recognition and the guarantee of mutual trust between states members and respect for the rights of the defense as protected by art. 47 CFREU<sup>164</sup>. This argumentative procedure was followed, to conclude that the requested member state judge is required to verify the notification of the document initiating proceedings in the member state of origin<sup>165</sup> and that the defendant cannot be required to have challenged the decision if it becomes aware of it only after the time limit for proposing an expired appeal<sup>166</sup>.

**88.** Moreover, this reading focused on the rights of defense was explicitly re-proposed at times with express reference to the need to respect art. 47 CFREU also with regard to instruments that provided for the abolition of exequatur, an even more radical simplification of the formalities required to guarantee circulation between member states<sup>167</sup>. Lack of control of the decision by the judge of the member state of enforcement imposes an even stricter guarantee of the rights of defense in the member state of origin<sup>168</sup>.

**89.** Precisely with reference to art. 34, n. 2 of Regulation n. 44/2001, this approach was essentially considered also compatible with art. 6 of ECHR by ECtHR homologation in the aforementioned

<sup>164</sup> C. MAK, *Rights and remedies: Article 47 EUCFR and effective judicial protection in European private law matters*, op. cit., G. LEBRUN, *De l'utilité de l'article 47 de la Charte des droits fondamentaux de l'union européenne*, op. cit.,

<sup>165</sup> CJEU, C-619/10, *Trade Agency* of 6 September 2012, ECLI:EU:C:2012:531, published in the electronic Reports of the cases.

<sup>166</sup> CJEU, C-70/15, *Lebek* of 7 July 2016, ECLI:EU:C:2016:524, published in the electronic Reports of the cases. In this case it was discussed the possibility of submitting a request to remove a foreclosure on the appeal pursuant to art. 19, par. 4 of Regulation no. 1393/2007 (Regulation (EC) No 1393/2007 of the European Parliament and of the Council of 13 November 2007 on the service in the Member States of judicial and extrajudicial documents in civil or commercial matters (service of documents), and repealing Council Regulation (EC) No 1348/2000, OJ L 324, 10.12.2007, p. 79-120), when the defendant had made aware of the decision only after the expiry of the deadline established under the Regulation to request the removal of the foreclosure.

<sup>167</sup> See from the Regulation n. 805/2004, CJEU, C-300/14, *Imtech Marine Belgium* of 17 December 2015, ECLI:EU:C:2015:825; C-511/14, *Pebros Servizi* of 16 June 2016, ECLI:EU:C:2016:448. According to the Regulation n. 1896/2006 (Regulation (EC) No 1896/2006-creating a European order for payment procedure) see the next cases from the CJEU: joined cases C-119 and C-120/13, *Eco Cosmetics* of 4 September 2014, ECLI:EU:C:2014:2144, par. 45ss; C-245/14, *Thomas Cook Belgium* of 22 October 2015, ECLI:EU:C:2015:715, par. 41; C-94/14, *Flight refund* of 10 March 2014, ECLI:EU:C:2016:148, par. 59; C-508/12, *Walter Vapenik v. Josef Thurner* of 5 December 2013, ECLI:EU:C:2013:790, published in the electronic Reports of the cases; C-300/13, *Imtech Marine Belgium NV v. Hellenic Radio SA* of 17 December 2015, ECLI:EU:C:2015:188, published in the electronic Reports of the cases, which the CJEU has declared that: “(...) certification is a measure of a judicial nature and is therefore reserved to the Court, and that is necessary to distinguish between the certification of a decision as the European enforcement order itself and the formal act of issuing the certificate and in particular the model contemplated by art. 9 of the rules of procedure (...)”. See also the case: C-511/14, *Pebros Servizi Srl v. Aston Martin Lagonda Ltd v. Aston Martin Lagonda Ltd* of 16 June 2016, ECLI:EU:C:2016:448, published in the electronic Reports of the cases, which the CJEU has stated that: “(...) the default judgment was to be counted among the executive title that were to be certified as a European enforcement order, even if it could not, in fact, to be certified as a European enforcement order the pronouncement pronounced in absentia when it was impossible to identify the domicile of the defendant also for the purposes of notification (...)”. And in case of monitor process see: C-133/12, *Goldbet Sportwetten v. Massimo Sperindeo* of 13 June 2013, ECLI:EU:C:2013:105; C-215/11, *Iwona Szyrocka v. SiGer Technologie GmbH* of 13 December 2012, ECLI:EU:C:2012:794; joined cases C-119/13 and C-120/13, *Eco Cosmetics GmbH v. Virgine Laetitia Barbara Dupuy and Tetyana Bonchuk* of 4 September 2014, ECLI:EU:C:2014:2144; C-245/14, *Thomas Cook Belgium NV v. Thurner Hotel GmbH* of 22 October 2015, ECLI:EU:C:2015:715; C-94/14, *Flight Refund Ltd vs. Deutsche Lufthansa AG* of 10 March 2016, ECLI:EU:C:2016:148, the above cited cases published in the electronic Reports of the cases. For the analysis of the above cases see: M. DUROVIC, *European law on unfair commercial practices and contract law*, Hart Publishing, Oxford & Oregon, Portland, 2016, pp. 106ss. M. HAZELHORST, *Free movement of civil judgments in the European Union and the right of fair trial*, ed. Springer, The Hague, 2017, pp. 438ss. T. RAUSCHER, *Internationales Privatrecht mit internationalem Verfahrensrecht*, op. cit., pp. 686ss. F. EICHEL, *Keine rügelose Einlassung in Europäischen Mahverfahren*, in *Revue de Droit Privé de L'Union Européenne*, 24, 2014. M. BOBEK, *Central European judges under the European influence. The transformative power of the EU revisited*, Hart Publishing, Oxford & Oregon, Portland, 2015, pp. 234ss. P. GRUBER, *Die Nichtgerklärung eines europäischen Zahlungsbefehls*, in *Zeitschrift für das Privatrecht der Europäischen Union*, 13 (1), 2016, pp. 153ss. W. JELINEK, S. ZANGL, *Insolvenzordnung*, Manz Verlag, Wien, 2017.

<sup>168</sup> CJEU, C-289/17, *Collect Inkasso* of 28 February 2018, ECLI:EU:C:2018:133, published in the electronic Reports of the cases.

*Avotins v. Latvia* case<sup>169</sup>. In that judgment, while drawing attention to the fact that a purely mechanical application of the rules on circulation of judgments could lead to violations of fundamental rights and the need to provide mechanisms to ensure that the judge of the requested state has the power to verify whether or not there is such violations<sup>170</sup>. ECtHR has finally recognized the need to ensure a balance between the safeguards provided for the defendant and the need for the circulation of decisions, which require the defendant to avail himself of the remedies provided in the member state of origin.

**90.** Precisely because there are no preconceived formulas to ensure a proper balance between the different components of the right to effective judicial protection it is possible that both in jurisprudence and legislative acts, different ways of reconciling the right of the plaintiff to access justice and to agreed to a fair trial.

**91.** CJEU's rulings have revealed the need to ensure a certain prevalence of the right to action where the notification of the document introducing the trial is made impossible by the latter's unrepeatability. CJEU found itself examining a case of this kind in the *Hypot ni Banka* sentence of 17 November 2011<sup>171</sup> in which it also held that in relation to contracts concluded with consumers and in spite of the protection conferred on them by Regulation no. 44/2001 an action can be promoted against a consumer whose current address is unknown to the judge of the place of the last known domicile provided that all the necessary research to identify the new domicile has been carried out. To reach this conclusion, CJEU referring to art. 47 CFREU referred to the purpose of "reinforcing the legal protection of persons established in the Union" and the need to respect the right of the plaintiff to appeal to a judge to determine the validity of his claims "and acknowledged that in such circumstances it is possible impose a limitation on the defendant's rights of defense to avoid a clear denial of justice against the plaintiff"<sup>172</sup>.

**92.** This principle was reiterated in the subsequent *G v. Cornelius de Visser* sentence of 15 March 2012<sup>173</sup>, in which CJEU acknowledged that the notification of an application can also be made by means of a bill posting notification expressly referring to a ruling by ECtHR which considered this notification method compatible with art. 6 of ECHR<sup>174</sup> and reiterating that the defendant is in any case open to the possibility of subsequently opposing the recognition and enforcement of the decision if the application was not notified to him.

**93.** In a logic of evaluation of the concrete case in the subsequent sentence *A v. B* of 11 September 2014 CJEU has examined a case in which the defendant was found a curator in absentia and the plaintiff invoked the non-contestation of jurisdiction by the latter and therefore the tacit extension of jurisdiction in favor of the court seised. In these circumstances it was expressly stated that such a possibility was wholly unsuitable to establish the right balance between the right to an effective remedy

<sup>169</sup> D. LIAKOPOULOS, *Protection of human rights between European Court of Human Rights and Court of European Union*, in *International and European Union Legal Matters*, 2015.

<sup>170</sup> See for further details see: F. AIT-OUYAHIA, *Les mécanismes de reconnaissance mutuelle dans l'Union européenne à l'épreuve du droit à un procès équitable à propos de l'arrêt Avotins v. Lettonie*, in *Cahiers de Droit Européenne*, 52 (3), 2016, pp. 978ss.

<sup>171</sup> CJEU, C-327/10, *Hypote ni Banka* of 17 November 2011, ECLI:EU:C:2011:745, I-0000.

<sup>172</sup> The CJEU also states that in the absence of notification of the application initiating the proceedings, the defendant is without prejudice to the right to object to the recognition of the decision on the basis of Article 34, n. 2 of the Regulation n. 44/2001 while the plaintiff would remain without any means of appeal (paragraph 54).

<sup>173</sup> CJEU, C-292/10, *G v. Cornelius de Visser* of 15 March 2012, ECLI:EU:C:2012:142, published in the electronic Reports of the cases. In this case it was considered possible to establish jurisdiction based on the forum of non-contractual liability provided for at the time under art. 5, n. 3 of Regulation n. 44/2001.

<sup>174</sup> ECtHR, *Nunes Dias v. Portugal* of 10 April 2003. For further details and analysis see: B. RAINEY, W. WICKS, C. OVEY, *Jacos, White and Ovey: The European Convention on Human Rights*, Oxford University Press, Oxford, 2017. J.P. COSTA, *La Cour européenne des droits de l'homme. Des juges pour la liberté*, ed. Dalloz, Paris, 2017. F. TIMMERMANS, *Fundamental rights protection in Europe before and after accession of the European Union to the European Convention on Human Rights*, in *Liber amicorum Pieter Van Dijk, M. Van Roosmalen and others* (eds.), Intersentia, Antwerp, Oxford, 2013, pp. 225ss. D. HARRIS, M. O'BOYLE, C. WARBRICK, *Law of the European Convention on Human rights*, Oxford University Press, Oxford, 2014, pp. 372ss.

and the rights of the defense”, since the defendant could not be considered validly represented by the appointed curator, whom he had not conferred a mandate and could not be considered a summation of the relevant defendant for the purposes of the formation of the tacit extension<sup>175</sup>.

**94.** A clear prevalence of the right to an effective appeal is found in those provisions of regulations of ex art. 81 TFEU<sup>176</sup> which allow recourse to the necessity court. According to the formulation of the provision used for the first time in art. 7 of Regulation no. 4/2009 and repeated later in art. 11 of Regulation n. 650/2012 and also in art. 11 of the “twin” regulations 2016/1103 and 2016/1104 “(...) in exceptional cases the courts of a member state may be aware of the dispute if the proceeding cannot reasonably be brought or carried out or it proves impossible in a third state with which the dispute has a close connection. The dispute must present a sufficient connection with the member state of the court seised (...)”<sup>177</sup>.

**95.** This institute outlined by the internal law or the jurisprudential practice of some member states appears once again inspired by concerns related to the right to effective judicial protection, since it prefigures a situation in which despite the dispute being closely connected with a third state, the judgment it may take place in a member state with which there is a “sufficient connection”<sup>178</sup>. From the impossibility of introducing the judgment in the third state, and therefore as a guarantee of the right of the plaintiff to an effective appeal, the rule to derive an autonomous title of jurisdiction, certainly derogating from the principle of predictability of the defendant’s court and therefore abstractly susceptible to compress the rights of defense of the latter, insofar as the action is proposed in a member state with which he does not present significant connections. But once again on the rights of defense is the need to avoid a denial of justice against the actor that the institutions show they want to derive from article. 47 CFREU<sup>179</sup> as well as the precise indications of art. 67, par. 4 TFEU<sup>180</sup>, although without being considered clearly obliged, was to introduce the necessity forum in all the instruments related to civil judicial cooperation<sup>181</sup> as shown by the approach followed in the approval of Regulation no. 1215/2012.

**96.** In a broader context, the regulations offer variable balancing formulas between the opposing needs of the plaintiff and the defendant, even though they are connected to the right to effective judicial protection, where they modulate the rules of jurisdiction according to different parameters. In this sense the general approach seems to be that established on the basis of Regulation architecture n. 1215/2012, according to which, in determining jurisdiction, defendant’s defensive needs must first be taken into account by ensuring that he is sued before a foreseeable forum<sup>182</sup>.

<sup>175</sup> It is not clear from the aforementioned ruling whether the CJEU intended to raise doubts as to whether the defendant, when considered non-contumacious for the purposes of the tacit extension, could object to the recognition and enforcement of the sentence issued at the end of the proceedings. However, this risk had to be considered excluded in the light of the previous jurisprudence of the CJEU, as we can see from the case C-78/95, *Hendrikman and Feyen v. Magenta Druck & Verlag* of 20 October 1996, ECLI:EU:C:1996:380, I-04943, moreover expressly mentioned in the case: A v. B. for a case similar to Regulation n. 2201/2003 see from the CJEU the case: C-215/15, *Gogova* of 21 October 2015, ECLI:EU:C:2015:710, published in the electronic Reports of the cases.

<sup>176</sup> M. POIARES MADURO, M. WIND, *The transformation of Europe: Twenty-five years on*, op. cit.,

<sup>177</sup> T. RAUSCHER, *Internationales Privatrecht mit internationalem Verfahrensrecht*, op. cit.

<sup>178</sup> On the compatibility of the analogous criterion foreseen by the art. 3 of the Swiss law of private international law with the art. 6 of the Convention see from the ECtHR the sentence of *Naït Liman v. Switzerland* of 15 March 2018, par. 208ss, where it is also highlighted the similarity of the norm to the Swiss law with that contained in the regulations of the Union. For the improper nature of the actual link between the dispute and the court seised pursuant to art. 5 of the ECHR see also the case from the ECtHR *Arlewein v. Sweden* of 1st March 2016, par. 63ss. D. LIAKOPOULOS, *Protection of human rights between European Court of Human Rights and Court of European Union*, in *International and European Union Legal Matters*, 2015

<sup>179</sup> C. MAK, *Rights and remedies: Article 47 EUCFR and effective judicial protection in European private law matters*, op. cit., G. LEBRUN, *De l'utilité de l'article 47 de la Charte des droits fondamentaux de l'union européenne*, op. cit.,

<sup>180</sup> T. RAUSCHER, *Internationales Privatrecht mit internationalem Verfahrensrecht*, op. cit.

<sup>181</sup> In the sense that an obligation in this sense does not derive neither from customary law nor from contractual norms according the case of the ECtHR in sentence of *Naït Liman v. Switzerland* of 15 March 2018.

<sup>182</sup> T. RAUSCHER, *Internationales Privatrecht mit internationalem Verfahrensrecht*, op. cit.

**97.** The balancing of the guarantee of the rights of defense with the right of the plaintiff to an effective appeal can lead to different outcomes whenever the latter right is combined with other relevant values that are abstractly traceable to the protection of other fundamental rights provided by CFREU. A clear example is found first of all in Regulation n. 1215/2012, where it admits that this general architecture should be set aside in the presence of requirements related to the protection of the weak contractor and identifies insurance contracts<sup>183</sup>, concluded with consumers and individual contracts for subordinate employment, a discipline exhaustive, based on these requirements, which are undoubtedly their foundation, as well as in Treaties and in article 38 of CFREU on consumer protection and in articles 30 and 31 of the same on the subject of working conditions<sup>184</sup>.

**98.** On the other hand, similar requirements of the weak party emerge in the determination of jurisdiction in matters of maintenance obligations in family<sup>185</sup> on the basis of Regulation no. 4/2009, as stated in the 15th recital of the Regulation, the jurisdiction rules laid down therein are inspired by the principle of favor creditor<sup>186</sup>, whose implementation is moreover linked to the protection of the right to private and family life guaranteed by art. 7 of CFREU<sup>187</sup> and therefore oriented to ensure a broad access to justice by the creditor of food. In the same vein, the rules on jurisdiction of Regulation no. 2201/2003, which are designed in broad terms to realize the interests of the spouses in relation to the needs related to the mobility of persons<sup>188</sup> and consequently provide a plurality of alternative forums, are intended to favor the plaintiff's right to an effective appeal as it with the need to protect the right to private and family life according to ECtHR *Babiarz v. Poland* case of 10 January 2017<sup>189</sup>.

**99.** The need for weighting between different rights of jurisdiction rules contained in the same Regulation no. 2201/2003 and relating to parental responsibility, which appear clearly oriented to pursue an objective of protection of fundamental rights of the child that can be derived from art. 24 CFREU which requires the primary interest of child to be considered pre-eminent<sup>190</sup>.

**100.** Not only this last principle is expressly referred to as a necessary evaluation parameter in the provisions of Regulation<sup>191</sup> but above all CJEU jurisprudence has clarified that it is responsible for the centrality of the jurisdiction based on the habitual residence of the minor, as the nearest judge is also what is in the most favorable position to evaluate the measures to be taken<sup>192</sup>. From this CJEU has also obtained the consequence that it must be interpreted restrictively any other rule on the jurisdiction contained in Regulation<sup>193</sup>, precisely because the subjective positions of the high parties involved even if

<sup>183</sup> CJEU, C-249/16, *Kareda* of 15 June 2017, ECLI:EU:C:2017:472; C-29/16, *Hanse Yachts* of 4 May 2017, ECLI:EU:C:2017:343; C-24/16, *Nintendo* of 27 September 2017, ECLI:EU:C:2017:724; C-230/15, *Brite Strike Technologies* of 14 July 2016, ECLI:EU:C:2016:560, the above cases was published in the electronic Reports of the cases.

<sup>184</sup> K. STERN, M. SACHS, *Europäische Grundrecht Charta*, ed. C.H. Beck, München, 2016.

<sup>185</sup> CJEU, C-295/95, *Farrell v. Long* of 20 March 1997, ECLI:EU:C:1997:168, I-01683.

<sup>186</sup> CJEU, C-499/15, *Wand V.* of 15 February 2017, ECLI:EU:C:2017:118, published in the electronic Reports of the cases.

<sup>187</sup> In this regard, the orientation of the ECtHR according to which the successors rights are so intimately connected to the family bonds that fall within the sphere of application of art. 8 of the ECHR according to the sentence *Marckx v. Belgium* of 13 June 1979, par. 51-52; *Pla and Puncernau v. Andorra* of 13 July 2004, par. 26. D. LIAKOPOULOS, *La volonté de la Cour de justice de privilégier la Convention européenne des droits de l'homme dans sa protection des droits fondamentaux*, in *International and European Union Legal Matters-working paper series*, 2012.

<sup>188</sup> CJEU, C-294/15, *Mikolajczyk* of 13 October 2016, ECLI:EU:C:2016:772, not yet published, par. 50.

<sup>189</sup> D. HARRIS, M. O'BOYLE, C. WARBRICK, *Law of the European Convention on Human Rights*, Oxford University Press, Oxford, 2014.

<sup>190</sup> CJEU, C-372/16, *Sahyouni* of 20 December 2017, ECLI:EU:C:2017:988, published in the electronic Reports of the cases

<sup>191</sup> See in particular the articles 12, paragraphs 1 and 3, regarding the extension of competence and the art. 15, paragraphs 1 and 5, on the transfer of jurisdiction to a court which is more suitable for dealing with the case.

<sup>192</sup> CJEU, C-256/09, *Purrucker* of 15 July 2010, ECLI:EU:C:2010:437, I-07353, par. 91; C-499/15, *W. and V.* of 15 February 2012, ECLI:EU:C:2012:118, par. 51; C-111/17 PPU, *OL* of 8 June 2017, ECLI:EU:C:2017:436, par. 63, the above cited cases published in the electronic Reports of the cases.

<sup>193</sup> With respect to the extension of jurisdiction pursuant to art. 12 of the Regulation see from the CJEU the case: C-215/15, *Gogova* of 21 October 2015, ECLI:EU:C:2015:710, published in the electronic Reports of the cases. par. 41; with respect to the transfer to a judge more suited to dealing with the case pursuant to art. 15 of Regulation according to the sentence of the

attributable to the protection of other fundamental rights such as the right of parents to family life, they can never determine any weakening of the rights of the child.

### VIII. Interpretation of EU and national rules in accordance with CFREU on civil judicial cooperation

**101.** The examination of CJEU jurisprudence clearly shows that the technique of logical-systematic interpretation of secondary law in accordance with CFREU is also widely used in the field of civil judicial cooperation, as JEU has repeatedly referred to the provisions of CFREU for identify the meaning to be attributed to concepts used in the regulations pursuant to art. 81 TFEU<sup>194</sup>.

**102.** In *McB* case of 5 October 2010 it was considered that pursuant to art. 2, n. 11 of Regulation n. 2201/2003 the transfer of a minor can be considered illegal only if it takes place in violation of a right of custody conferred by the applicable national law which in the present case attributed it in the couples not to officially associate to the mother and only following a possible judicial decision also to the father. CJEU, after declaring its intention to limit its analysis to the Regulation standard without evaluating the applicable national law (which was outside the scope of Union law), examined the compatibility of the notion of “illegal transfer” identified on the basis of the rules applicable internal (and therefore at least indirectly also the latter) with reference to articles 7 and 24 CFREU. Based on this analysis, also conducted on the basis of the jurisprudence of ECtHR in relation to the right to private and family life protected by art. 8 of ECHR concluded that the above interpretation did not conflict with art. 7 CFREU<sup>195</sup>, since it was in any case allowed to the father even without the consent of the mother, to obtain a right of custody on the basis of a judicial decision; nor with art. 24, because the attribution of the right of custody by the judge makes it possible to ascertain whether it is in the best interests of the minor.

**103.** This ruling is of particular interest as it provides confirmation of the use of various mechanisms relating to the implementation of CFREU discussed above on the general plan. On the one hand, the ruling is concerned with ascertaining the compatibility of the interpretation of the act of secondary legislation with the rules of CFREU<sup>196</sup>. On the other hand, it identifies which parameters relevant to this purpose are not only a provision of CFREU expressly mentioned in the preamble to the Regulation (article 24) but also as logical due to the hierarchical prevalence of CFREU, a different provision<sup>197</sup>, evoked by the referring court. For a further verse makes use of the equivalence clause contained in art. 52, par. 3 CFREU, making explicit recourse to the jurisprudence of ECtHR.

**104.** In some cases the logical-systematic interpretation has led CJEU to prescribe an interpretation of regulations not immediately evident from the textual content of their provisions.

**105.** Of this possibility CJEU has repeatedly made use with reference to art. 24 CFREU and the consequent need to guarantee the best interests of the minor, since these are parameters expressly referred to in the preamble of Regulation no. 2201/2003. It affirmed that a provisional or precautionary

---

CJEU C-428/15, *D. (Child and Family Agency)* of 27 October 2016, ECLI:EU:C:2016:819, published in the electronic Reports of the cases, par. 48.

<sup>194</sup> M. POLARES MADURO, M. WIND, *The transformation of Europe: Twenty-five years on*, op. cit.,

<sup>195</sup> D. HARRIS, M. O'BOYLE, C. WARBRICK, *Law of the European Convention on Human rights*, Oxford University Press, Oxford, 2014. C. GRABENWARTER, *European Convention on human rights: ECHR*, C.H. Beck, München, 2014. J. MEYER (ed.), *Charta der Grundrechte der Europäischen Union*, ed. Nomos, Baden-Baden, 2014.

<sup>196</sup> In the same spirit from the CJEU, C-491/10 PPU, *Aguirre Zarraga* of 22 December 2010, ECLI:EU:C:2010:828, I-14247, par. 60ss.

<sup>197</sup> For a reference to the art. 6 ECHR on the right to freedom in the case of cross-border placement of the minor in an institution see the sentence of the CJEU, C-92/12 PPU, *Health Service Executive* of 26 April 2012, ECLI:EU:C:2012:255, published in the electronic Reports of the cases, par. 11. D. LIAKOPOULOS, *The best interests of the child between European and international private law rules: Unification and evolution of child protection*, in *Juris Gradibus-working paper series*, 2014.

measure adopted by a judge not responsible for the merit cannot affect the custody of the minor<sup>198</sup>. It has established that the appeal against the declaration of enforceability of a decision regarding parental responsibility has no suspensive effect<sup>199</sup>; he considered that he could not speak of “illicit failure to return” when a child was born by express will of the parents, in a particular member state in which he has the habitual residence of parents, even if the common residence of parents was before birth in a different member state in which the child was not transferred as initially agreed, and excluded that this could find an obstacle in child’s right to entertain personal relationships with both parents<sup>200</sup>.

**106.** On the other hand, the use of art. 24 CFREU also occurred with reference to regulations that did not mention it explicitly. CJEU has ruled that an application for food in favor of a minor can be submitted pursuant to art. 3, lett. c) of Regulation no. 4/2009 to the jurisdiction of the member state in which a divorce or separation between the parents is taking place<sup>201</sup>.

**107.** The right to effective judicial protection has also frequently been used by CJEU to interpret regulations on civil judicial cooperation. In doing so CJEU has especially favored the perspective of weighting between conflicting rights, implicit in the structure of art. 47 CFREU and the consequent search for the right balance. On this basis CJEU has repeatedly interpreted the concepts used in the regulations pursuant to art. 81 TFEU in line with the requirements of effective judicial protection. Thus the notion of “review procedure” used in Regulation no. 805/2005<sup>202</sup> or the methods for informing the recipient of a notification on the right to refuse the document<sup>203</sup> have been reconstructed based on the parameter of art. 47 CFREU<sup>204</sup>.

**108.** Furthermore, it may be added that even on a more limited group of cases CJEU has deemed possible to recall the norms of CFREU also with reference to the national rules used for the implementation of EU law by proposing a specific interpretation<sup>205</sup> or imposing its application<sup>206</sup>.

## IX. Use of CFREU rules for the interpretation of general concepts of private international law

**109.** The emergence of the theme of protection of fundamental rights in the system of Brussels Convention of 1968 took place with the Krombach sentence with reference to the interpretation of the

<sup>198</sup> CJEU, C-403/09, *Detiček* of 23 December 2009, ECLI:EU:C:2009:810, I-12193, par. 53ss. For further details and analysis see: V. TRSTENJAK, P. WEINGERL, *The influence of human rights and basic rights in private law*, ed. Springer, Berlin, 2015.

<sup>199</sup> CJEU, C-92/12 PPU, *Health Service Executive* of 26 April 2012, ECLI:EU:C:2012:255, published in the electronic Reports of the cases, par. 124.

<sup>200</sup> CJEU, C-111/17 PPU, *OL* of 8 June 2017, ECLI:EU:C:2017:436, published in the electronic Reports of the cases, par. 36ss.

<sup>201</sup> CJEU, C-184/14, *A.* of 16 July 2015, ECLI:EU:C:2015:479, published in the electronic Reports of the cases, par. 46.

<sup>202</sup> CJEU, C-300/14, *Imtech Marine Belgium* of 17 December 2015, ECLI:EU:C:2015:825, published in the electronic Reports of the cases, par. 38.

<sup>203</sup> CJEU, C-519/13, *Alpha Bank Cyprus* of 16 September 2015, ECLI:EU:C:2015:603, par. 35; C-384/14, *Alta Realitat* of 28 April 2016, ECLI:EU:C:2016:316, the above cited cases was published in the electronic Reports of the cases par. 48ss.

<sup>204</sup> C. MAK, *Rights and remedies: Article 47 EUCFR and effective judicial protection in European private law matters*, op. cit., G. LEBRUN, *De l'utilité de l'article 47 de la Charte des droits fondamentaux de l'union européenne*, op. cit.,

<sup>205</sup> In particular from the CJEU in case C-519/13, *Alpha Bank Cyprus* of 16 September 2015, ECLI:EU:C:2015:603, the powers of the national judge in relation to the refusal were reconstructed according to parameters related to effective judicial protection to receive the notification of an act. See also in the same spirit the case C-498/14 PPU, *Bradbrooke* of 9 January 2015, ECLI:EU:C:2015:3, published in the electronic Reports of the cases, in which the national legislation which attributed the jurisdiction to a specialized legal authority on the direct projections to judge on the return or on the custody of a minor has been deemed compliant with the art. 24 CFREU, as it is considered to be respectful of the speed of the procedure requirement. See also the case: C-184/14, *A.* of 16 July 2015, ECLI:EU:C:2015:479, published in the electronic Reports of the cases, in which the national legislation concerning the appointment of a trustee in absentia has been interpreted as meaning that the latter can not express the will of the person represented in particular for of the tacit extension of justification.

<sup>206</sup> CJEU, C-354/15, *Henderson* of 2 March 2017, ECLI:EU:C:2017:157; C-21/17, *Catlin Europe* of 6 September 2018, ECLI:EU:C:2018:675, above the cases was published in the electronic Reports of the cases, in which a national Regulation that considered nothing to be a notification for non-delivery of the standard form required by Regulation no. 1393/2007 was considered incompatible with the Regulation itself in relation to the principles derived from art. 47 CFREU.

notion of public order as a cause impeding the recognition of decisions. Now the interpretation of the notion of public order in the light of the protection of fundamental rights has been urged to CJEU already on two occasions after the entry into force of the Treaty of Lisbon.

**110.** In *Trade Agency* case<sup>207</sup> the preliminary ruling was considered contrary to public order, ie it does not specify the subject of the request or the reasons to be founded by the judge. In particular, the national court assumed that a decision with such characteristics was contrary to the right to a fair trial.

**111.** In examining these arguments, CJUE stated that it would not be the case to identify the content of the concept of public order of the requested member state, but only to define the limits of the use of this concept. It has thus held that only the manifest and immense violation of a fundamental right<sup>208</sup>, such as the right to a fair trial guaranteed by art. 47 CFREU<sup>209</sup>, could justify the non-recognition of a decision by contrast with the public order and then examined whether in the present case, a manifest and disproportionate violation could be referred to the examination of certain profiles to the referring court.

<sup>207</sup> CJEU, C-619/10, *Trade Agency* of 6 September 2012, ECLI:EU:C:2012:531, published in the electronic Reports of the cases.

<sup>208</sup> Already with reference to the 1968 Brussels Convention, the CJEU had lastly referred to the citation note of a manifest and immense “violation” of a fundamental right, based on the exceptional nature of the limit of public order. See in the same spirit the case. CJEU, C-394/07, *Gambazzi* of 2 April 2009, ECLI:EU:C:2009:219, I-02563, par. 33. The English procedural law opens up, to be true, a rather unhelpful remedy for the unsuccessful party sentenced to be default and which does not appear in line with art. 47 CFREU. This is the application to set aside, provided for by Rule 13 CPR, whose acceptance requires the demonstration of a realistic prospect of resisting the demand (*Godwin v. Swindon BC* 82001) 4 ER 641, for May Lj; *Akram v. Adam* 820049 EWCA Civ. 1601; *ED & F may products ltd v. Patel & Anr*, 82003), EWCA Civ. 472, Potter LJ; *Bond v. Dunster Properties Ltd* (2011) EWCA Civ 455, par. 4; *English Reimbold & Strick Ltd* (200) EWCA Civ 605; (2002) 1 WLR 2409, CA, par. 12; *Privy Council decisions Attorney-General v. Universal Projects Limited* (2011) UKPC 37 and *Attorney v. Matthews* (2011) UKPC 38; *International Company Ltd v Natsionalna Aktsionerna Kompaniia Naftogaz* (2012) EWCA Civ 196, par. 78 (with the relevant comment: M. AHMED, *Setting aside judgment in default, article 6 of the ECHR and the principle of res judicata*, in *Civil Justice Quarterly*, 30, 2012, pp. 418ss) *Standard bank Plc v. Sgrivest International inc.*, 82010, EWCA Civ. 1400, moore-bick LK; *Wightman v. Wiffrington (succession de)*, 2007, QCCA 1687 (CanLII) (2008) of 5 December 2008, parr. 5-8; *Castor Holding Ltd. (Sundic de)*, 2008 QCCS 3437 (CanLII), (2008), R.J.Q. 2207 of 30 July 2008; *Queen’s Bench Division, Commercial Court*, in case of 20 December 2007 (2007) EWHC 23010 (Comm), *Masri v. Consolidated Contractors International Co Sal. And for practical applications see also: Babanaft International v. Bassatne* (1989) 2 WLR 232); *Republic of Haiti v. Duvalier* (1989) 2 WLR 261; *Derby & Co v. Weldon (n.1)* (1989) 2 (WLR 276). In case *Summers v. Fairclough Homes Ltd* 2012 UKSC 26, ar. 377 was noted that: “(...) court has a wide discretion as to how to exercise its case management powers. These include the power to strike out the whole or any part of a statement of case at whatever stage it is made, even if it is made at the end of the trial. However the cases stress the flexibility of the CPR (...)”. The imposition of unnatural and higher charges and probative standards for the default, than would be for the defendant constituted. The limitation of the right to the trial of the default; the absence of judgment, if not indirectly, as a reflection of the validity of the impedimental, amending, extinctive facts deduced from the dispute, on the constituting facts of the right asserted by the plaintiff and the discretionality of the return in the defensive powers of the involuntary default make this remedy a blunt weapon. For further details see: A. ZUCKERMAN, *Rule making and precedent under the civil procedure rules 1998-still an unsettled field*, in *Civil Justice Quarterly*, 28, 2010, pp. 14ss. J. HARRIS, L. COLLINS, *Dicey, Morris & Collins, The conflict of laws*, Sweet & Maxwell, London, 2017, pp. 13ss: “(...) the general principle (is) that in England service of process is the foundation of the court’s jurisdiction to entertain a claim in personam (...) when process cannot legally be served upon a defendant, the court can exercise no jurisdiction over him[. T]he converse of this statement holds good, and whenever a defendant can be legally served with process, then the court, on service being effected, has jurisdiction to entertain a claim against him. Hence in proceedings in personam (...) the rules as to service define the limits of the court’s jurisdiction (...) in continental countries (...) service of process is often required to give the defendant notice of proceedings, but it does not create jurisdiction; jurisdiction must exist already before a writ can be served (the most common basis of jurisdiction being the habitual residence of the defendant) (...)”. N. ANDREWS, *Civil procedure*, in A. BURROWS (ed.), *English private law*, Oxford University Press, Oxford, 2013, chapter 22: “(...) the order without notifying the respondent without notice or ex parte its essence is a surprise procedural strike (...)”. S. SIME, *A practical approach to civil procedure*, Oxford University Press, Oxford, 2018, pp. 474ss. A. ZUCKERMAN, *Zuckerman on civil procedure*, Sweet & Maxwell, London, 2013, pp. 502ss. S. SHETREET, *The cultural of judicial independence: rule of law and world peace*, Martinus Nijhoff Publishers, The Hague, 2014. G. GUNIBERTI, *Debarment from defending, default judgments and public policy*, in *Praxis des internationalen Privat-und Verfahrensrechts*, 30 (9), 2010, pp. 148ss.

<sup>209</sup> C. MAK, *Rights and remedies: Article 47 EUCFR and effective judicial protection in European private law matters*, op. cit., G. LEBRUN, *De l’utilité de l’article 47 de la Charte des droits fondamentaux de l’union européenne*, op. cit.,



**112.** In the *Meroni* sentence of 25 May 2016<sup>210</sup> the question referred for a preliminary ruling concerned the possible incompatibility of a decision capable of infringing the rights of persons who did not intervene in the proceedings with the public order, once again subject to the right to a fair trial. CJEU after having recalled the premises already carried out in the *Trade Agency* case and having clarified that CFREU rules in the light of the principle elaborated in *Åkerberg Fransson* ruling could be relevant to the reconstruction of the concept of public policy, concluded that in the present case there was a manifest and disproportionate violation of the right to a fair trial because third parties affected by the decision could appeal for its modification or its annulment.

**113.** These decisions provide a useful framework for understanding the functioning of CFREU rules for the reconstruction of general concepts of private international law. It should first be noted that CJEU has, despite its initial premise, reconstructed in detail if the notion of public order could be invoked in the two cases, examining the relevant circumstances in a precise and detailed manner. But this reconstruction seems understandable in the light of the ways in which the very notion of public order has been interpreted by CJEU, which has expressly considered that CFREU rules can contribute to delineate this notion, this conclusion is consistent with the premise that CFREU is now part of the primary law of EU and identifies rules of fundamental importance within the latter system. Since, as the norms of EU law<sup>211</sup> can constitute a component of public order of the individual member states, obviously the norms of CFREU must be considered suitable to influence the content of public order. To the extent that the interpretation of the notion of public order presupposes in turn the interpretation of art. 47 CFREU<sup>212</sup> (but possibly also of such provisions of the same) this operation undoubtedly falls within the competence of CJEU for preliminary rulings.

**114.** The two judgments just mentioned acknowledge that the principles expressed by CFREU, in consideration of their position in EU also in relation to their purpose, can detect in order to reconstruct the concept of public order as a cause impeding the recognition of decisions, but because of the structural equivalence between the two concepts, even as a limit to the application of foreign law.

**115.** In these cases CJEU has come to the conclusion that the violation of the fundamental right to the fair trial does not have the necessary characteristics to transmit in an incompatibility with public order, evidently starting from the premise of the exceptional nature of this limit<sup>213</sup>. It could doubt such a reconstruction, as it determines a “weakened” application of CFREU, which is emphasized not in the presence of any violation, but only when it is classified as “manifest and immense”.

**116.** It does not seem to be in actual fact contrary to the principles relating to the application of CFREU when it is considered that, in the hypothesis considered, this application is essentially par ricochet, according to a scheme already outlined with respect to ECHR. The principles relating to the protection of fundamental rights, as recognized in EU law, are relevant to what is relevant here, only at the stage of recognition and enforcement of decisions, in which it is clearly acceptable under the principle of mutual trust, which underlies the system of civil judicial cooperation that control over respect for fundamental rights is limited<sup>214</sup>.

**117.** Two distinct hypotheses can occur. In a first hypothesis, if the relevant rules for the dispute in the member state of origin are extraneous to the scope of EU law, CFREU cannot be applied in the

<sup>210</sup> C-559/14, *Meroni* of 25 May 2016, ECLI:EU:C:2016:349, published in the electronic Reports of the cases, par. 38.

<sup>211</sup> I. BASEDOW, *Recherches sur la fonction de l'ordre public européen dans la jurisprudence*, in *Mélanges en l'honneur de Paul Lagarde*, Dalloz, Paris, 2005, pp. 37ss. S. PFEIFF, *La portabilité de statuto personnel dans l'espace européen*, ed. Bruylant, Bruxelles, 2017.

<sup>212</sup> J. MEYER (ed.), *Charta der Grundrechte der Europäischen Union*, ed. Nomos, Baden-Baden, 2014.

<sup>213</sup> In this spirit see from the CJEU the case C-145/86, *Hoffman* of 4 February 1988, ECLI:EU:C:1988:61, I-00645, par. 21. C-420/07, *Apostolides* of 28 April 2009, ECLI:EU:C:2009:271, I-03571.

<sup>214</sup> For a statement to this effect in the scope of the Regulation n. 2201/2003 see the case from the CJEU: C-455/15 PPU, *P v. Q* of 19 November 2015, ECLI:EU:C:2015:763, published in the electronic Reports of the cases.

member state of origin. On the other hand, the requested member state is not directly imposing the infringement of CFREU but only by implementing the decision based on incorrect application of CFREU and therefore is reasonable that its power of control is limited to exceptional circumstances.

**118.** On the other hand, even if the norms relevant to the dispute in the member state of origin fell within the scope of EU law, it was for that state to ensure that the protection of fundamental rights was guaranteed in the proceedings before its courts. CJEU has already stated in the past that in the recognition of a declaration of enforceability of a foreign decision by the requested member state, even if the judge of the latter considers that a rule of EU law has been infringed, he can take into account for the purpose of the ground for public order, only the manifest violation of a rule of law considered essential<sup>215</sup>. This principle should apply where the exequatur procedure has been abolished and only a procedure for monitoring the foreign decision of a potential nature is envisaged.

**119.** It remains to be added that this mechanism appears in reality also consistent with the principles indicated by ECtHR in the aforementioned *Avotīnš v. Latvia* case<sup>216</sup> in which it was established that EU member states must also retain the power to exercise control over foreign decisions “(...) if a serious and substantiated complaint is raised before (domestic courts) to the effect that the protection of a convention right has been deficient (...)”<sup>217</sup>. With respect to this international obligation, the limits of admissibility to the public order clause as outlined by the jurisprudence described above appear substantially consistent, while difficulties could arise in the application of those instruments of the Union in the field of civil judicial cooperation which, like the regulations no. 2201/2003, 805/2004 and 4/2009 no longer provide for control of foreign decisions in terms of compatibility with public order<sup>218</sup>.

**120.** A different conclusion could arise only in the presence of the violation of a right of an absolute nature, such as those related to the protection of human dignity and therefore such as not to tolerate any kind of derogation from member states. In such an hypothesis, which appears to be improbable at least in the relations between member states of the union, it might be imposed to the required state to exercise more precise control, since the circulation of a decision capable of infringing a fundamental right having an imperative nature cannot be admitted.

**121.** The impact of CFREU on the general categories of private and procedural international law does not seem to be limited to public order clause, since other concepts of indeterminate content can be influenced, in their concrete reconstruction, by the need to take into account the requirements related to the protection of fundamental rights.

<sup>215</sup> CJEU, C-38/98, *Renault* of 11 May 2000, ECLI:EU:C:2000:225, I-02973; C-302/13, *FlyLAL-Lithuanian Airlines* of 23 October 2014, ECLI:EU:C:2014:2319; C-681/13, *Diageo Brands* of 16 July 2015, ECLI:EU:C:2015:471, par. 48, the above cited cases published in the electronic Reports of the cases.

<sup>216</sup> The reasoning of the ECtHR is not, at this point, completely clear. Referring in particular to the possibility of overcoming (instead of not applying) the presumption of equivalence, it seems that the examination of the judges of Strasbourg continues to have as object the compatibility of the system of circulation of judgments referred to in Regulation 44/2001, instead that the behavior of the Latvian authorities. Such a formulation could hide, as already highlighted in the text, the intention of the European judges to keep the attention on the problem of compatibility with the Convention of mechanisms for recognition and automatic execution.

<sup>217</sup> J. FAWCETT, *The impact of article 6 (1) of the ECHR on private international law*, in *International and Comparative Law Quarterly*, 46, 2007, pp. 4ss. A. MAYSS, A. REED, *European business litigation*, ed. Routledge, London & New York, 2018.

<sup>218</sup> P. BEAUMONT, *Abolition of exequatur in Brussels I: Is a public policy defence necessary for the protection of human rights*, in *Praxis des Internationalen privat und Verfahrensrecht-IRPax*, 30 (2), 2010, pp. 105ss. X.E. KRAMER, *Abolition of exequatur under the Brussels I Regulation: Effecting and protecting rights in the European judicial area*, in *Netherlands International Law Review*, 4, 2011, pp. 972ss. F. MARCHADIER, *La suppression de l'exequatur affaiblit-elle la protection des droits fondamentaux dans l'espace judiciaire européen?*, in *Journal Européenne des Droit de l'Homme*, 26 (2), 2014, pp. 348ss. P. SCHLOSSER, *The abolition of exequatur proceedings. Including public policy review*, in *Praxis des Internationalen privat und Verfahrensrecht-IRPax*, 30 (2), 2010, 2010, pp. 102ss. L.J. TIMMER, *Abolition of exequatur under the Brussels I Regulation: Conceived and premature?*, in *Journal of Private International Law*, 9 (1), 2013, pp. 129ss.

**122.** It seems that these needs can play a role in the identification of the necessary application rules, defined by Regulation n. 593/2008 with a formula that is otherwise applicable to the field of application of other regulations, such as “provisions which considered crucial by a country to safeguard its public interests, such as its political, social or economic organization, to all situations falling within their scope, whatever the law applicable to the contract should be (...)”<sup>219</sup>. In setting out in detail which provisions may fall within this framework, the assessment of the aspects relating to the protection of fundamental rights may be significant. In the category of necessary application rules, the protective rules of the subjective positions of single individuals must be considered whenever the interests attached to them also have a significant public relevance<sup>220</sup>.

**123.** Likewise in CJEU jurisprudence, the need arose to recall the rules on the protection of fundamental rights to interpret the extremely broad concept of “superior interest of the minor”, relevant for the functioning of multiple names contained in Regulation n. 2201/2003<sup>221</sup>; on this point, even though it is necessary to assess the concrete scope of this concept on a case-by-case basis, it has been clearly stated that the consideration of child’s best interests is aimed at ensuring respect for the fundamental rights of the child of this requirement<sup>222</sup>.

## X. Impact of CFREU on the identification of jurisdiction titles and connection criteria

**124.** A further profile of potential impact of CFREU rules on the functioning of civil judicial cooperation system concerns the jurisdictional rights and linking criteria, which, as is the case, can come to collide on the basis of their formulation with the rules laid down the protection of fundamental rights. It is clear that in the context of civilian judicial cooperation in the EU such a conflict arises between the rules of secondary law which establish jurisdiction titles or linking criteria and rules of CFREU, the former should be considered invalid. A similar risk must be avoided, as far as possible, by means of a logical-systematic interpretation, which therefore necessarily also involves the jurisdiction titles or the connection criteria. Moreover, the same requirement also arises for the national rules that must be used in relation to the implementation of the rules on jurisdiction or the rules of conflict of the union.

**125.** Compared to this problem, CFREU rules relating to the principle of non-discrimination seem to be particularly relevant, since the choice of a given jurisdiction or of a connecting factor could be discriminatory, if based on an element that is directly or indirectly linked one of the prohibitions set out in articles 21 and 23 of CFREU itself<sup>223</sup>.

**126.** In this perspective, it is first of all considered the possible impact of the criterion of citizenship that traditionally (although less frequently) constitutes a factor used, even in combination with

<sup>219</sup> From the CJEU see: C-54/16, *Vinyls Italia* of 2 march 2017, ECLI:EU:C:2017:164; C-557/13, Lutz of 16 April 2015, ECLI:EU:C:2015:227, above cited cases was published in the electronic Reports of the cases. For further details and analysis see: J. MEYER (ed.), *Charta der Grundrechte der Europäischen Union*, ed. Nomos, Baden-Baden, 2014.

<sup>220</sup> Think about the rules for consumer protection or for the protection of personal data. On these last ones in particular the recital n. 2 of the preamble of Regulation (EU) 2016/679 of the European Parliament and of the Council of 27 April 2016 on the protection of natural persons with regard to the processing of personal data and on the free movement of such data, and repealing Directive 95/46/EC (General Data Protection Regulation), OJ L 119, 4.5.2016, p. 1-88, as well as the free circulation of such data and repealing Directive 95/46/EC according to which the Regulation itself “(...) is intended to contribute to the creation of an area of freedom, security and justice and economic union, to economic and social progress, to the strengthening and convergence of economies in the internal market and to the well-being of natural persons (...)”. see also from the CJEU the case: C-496/17, *Deutsche Post* of 16 January 2019, ECLI:EU:C:2019:26, published in the electronic Reports of the cases.

<sup>221</sup> See the aforementioned articles 12 and 25 regarding jurisdiction also the art. 23, par. 1, lett. a) according to which in relation to decisions on parental responsibility, compatibility with public policy must be assessed “taking into account the best interests of the child”.

<sup>222</sup> CJEU C-428/15, *D. (Child and Family Agency)* of 27 October 2016, ECLI:EU:C:2016:819, published in the electronic Reports of the cases, par. 44.

<sup>223</sup> J. MEYER (ed.), *Charta der Grundrechte der Europäischen Union*, ed. Nomos, Baden-Baden, 2014.

others, for the determination of jurisdiction or for the designation of the applicable law. Article 21, par. CFREU has incorporated the prohibition of discrimination on the basis of nationality, already provided by the treaty as a rule, with provisions to be considered corresponding to art. 18 CFREU as also shown in explanations. On the basis of these provisions the use of the criterion of citizenship in the field of private international and of procedural law must be carefully assessed.

**127.** It may also be noted that where the purposes of determining jurisdiction or designation of the applicable law, the common citizenship of the parties, as is normally the case in Union's regulations<sup>224</sup>, cannot be invoked as in the case of citizenship also of only one of the parties. The latter it constitutes one of several elements on whose combination the judge must base his jurisdiction<sup>225</sup> or the identification of the applicable law. This applies in particular where the parties have chosen as competent forum that of the state of which one is a citizen<sup>226</sup> or the national law of one of them<sup>227</sup>, since the negotiating element underlying the *electio fori* or the *electio iuris* excludes the possibility of discrimination. For the same reason, and in view of the particular position of the deceased, it does not seem that difficulties may arise with respect to the *professio iuris* of the person whose inheritance is ruled, although it may also concern the law of a state, of which that person possesses the citizenship without preserving significant links with it.

**128.** On the contrary, where the citizenship of a buttonhole of the parties constitutes the only element taken into consideration, the rule could be incompatible with the aforementioned prohibition of discrimination. Although the union's regulations show a clear reluctance for such a solution<sup>228</sup>, this solution could still occur on the basis of the national jurisdiction rules referred to in the residual title by art. 7 and 14 of Regulation n. 2201/2003.

**129.** The principle of non-discrimination on the basis of nationality may impose specific constraints in the event of zero citizenship of the parties or one of them. This can be excluded when the question of multiple citizenship is resolved directly by Union act. In particular with regard to jurisdiction over matrimonial matters, but with a solution likely to have general scope, CJEU considered without referring to the principle of non-discrimination, that the presence of more common citizenship allows the parties to use each of them for found the jurisdiction of one of the member states of which they are citizens<sup>229</sup>.

**130.** In the event of a choice of law, there is no reason to limit this faculty of the parties to only one of the multiple nationalities of which they or one of them are provided<sup>230</sup>, since the circumstance that in such a case a national law is recalled by the will of the elide parties. Where, on the contrary, a single

<sup>224</sup> See for example on the subject of jurisdiction the art. 3, lett. b) of Regulation n. 2201/2003, the art. 6 of Regulation n. 4/2009, articles 5, lett. b) and 6, lett. d) of the 2016/1103 and 2016/1104 regulations. In terms of applicable law, the art. 4, par. 4 of the Hague 2007 protocol. 8, lett. c) of Regulation n. 1259/2010. Article. 26, par. 1 lett. b) of the 2016/1103 and 2016/1104 regulations. See also: P. STONE, *Stone on private international law in the European Union*, Edward Elgar Publishers, Cheltenham, 2018.

<sup>225</sup> For the purposes of jurisdiction concerning matrimonial matters, art. 3, lett. a) last indent of Regulation no. 2201/2003, however, can not be invoked by persons other than spouses from the CJEU the case C-294/15, *Mikolajczyk* of 13 October 2016, ECLI:EU:C:2016:772, not published, for the purposes of the extension of competence in matters of parental responsibility, the art. 12, par. 3, lett. a) of the same Regulation for the purpose of transferring to a judge more suited to dealing with the case, the art. 15, par. 3, lett. c) of the same Regulation. In the sense that the citizenship of a party can be compared to the forum necessitatis see the 16th recital of Regulation n. 4/2009.

<sup>226</sup> The *electio fori* in favor of the national state of one of the parties is admitted by the art. 4, lett. b) of Regulation n. 4/2009 and from the art. 6 of the regulations n. 2016/1103 and 2016/1104. G. CUNIBERTI, S. MIGLIORINI, *The European account preservation order Regulation. A commentary*, Cambridge University Press, Cambridge, 2018, pp. 265ss.

<sup>227</sup> This is for example allowed by art. 5, lett. c) of Regulation no. 1259/2010 and art. 22, lett. b) of the 2016/1103 and 2016/1104 regulations.

<sup>228</sup> See the art. 3, letters c) and d) of Regulation no. 4/2009 which exclude the concentration of the action in the matter of maintenance obligations with that in the matter of the status of the persons or of the responsibility of the authorities if the jurisdiction on the second is based only on the citizenship of one of the parties.

<sup>229</sup> CJEU, C-168/08, *Hadadi* of 16 July 2009, ECLI:EU:C:2009:474, I-06871.

<sup>230</sup> P. HAMMJE, *Le nouveau règlement (UE) n. 1259/2010 du Conseil du 20 December 2010 mettant en oeuvre une coopération renforcée dans le domaine de la loi applicable au divorce et à la séparation de corps*, in *Revue Critique de Droit International Privé*, 100 (2), 2011, pp. 318ss.

national law must be identified on the basis of objective criteria, in the absence of a uniform solution (such as the one now prefigured by article 26, par. 2 of Regulation no. 2016/1103 and 2016/1104 which excludes the resorting to the criterion of connecting common citizenship if spouses or partners have more than one), it will resort to the internal law of individual member states<sup>231</sup>, with respect to which the prohibition of discrimination will therefore be emphasized.

**131.** Nationality is not the only parameter against which discrimination can be considered prohibited. It must first of all take into account the need to exclude any discrimination based on sex prohibited by articles 21 and 23 CFREU<sup>232</sup>. A title of jurisdiction or a liaison criterion which privileges one of the parties by reason of the genre cannot be regarded as admissible in any way, as in the past for reference to the national law of the husband or father in the legal systems of member states. Although no forecasts of such a break are found, in the state, in the Union law, the principle nevertheless requires particular caution in the interpretation of jurisdictional rights or connection criteria based on the habitual residence of the minor, when it is derived from that of the mother<sup>233</sup> excluding any automatism on the point.

**132.** The relevance of this principle and more generally of that of equal treatment envisaged by art. 20 CFREU of which it is an expression, may also emerge with reference to the jurisdiction and the connection criteria based on the will of the parties, since for the purposes of the validity of the *electio fori* or the *electio iuris*, it is necessary to ascertain that there is an agreement that is not based on a significant disparity between the parties.

**133.** This need reveals many indications in the regulations pursuant to art. 81 TFEU<sup>234</sup>. In some cases the choice of competent court (or of the applicable law) is completely and expressly excluded, as happens with regard to maintenance obligations in favor of a minor pursuant to art. 4, par. 3, of Regulation n. 4/2009 and of art. 8, par. 3 of the Hague Protocol of 2007<sup>235</sup>. Limitations affecting the freedom of choice of the parties must also be ascribed to the same need, since they are aimed at guaranteeing the protection of a weaker party. Despite the lack of precise limitations to the freedom of choice from the point of view, the need to guarantee the equality of the parties in relation to the choice of law also emerges in Regulation no. 1259/2010 because its preamble clearly emphasizes, precisely in view of the risks inherent in a potential disparity between spouses, on the so-called “informed choice” principle<sup>236</sup>, without however indicating in detail the practical ways of implementing this principle, with the invalidity of a choice of law also made by a spouse with detailed information on its consequences is expressly stated.

**134.** A last possible tension profile with the principle of non-discrimination concerns the rules on conflict of laws concerning the recall of multiple legislations, in particular where these are structured on a personal basis and use potentially discriminatory criteria to determine the application of a distinct material right on a religious or ethnic basis. In this regard, EU regulations while recalling the need to take into account the prohibitions of discrimination pursuant to art. 21 CFREU limit themselves to referring to rules in force in the legal system of the third State in question<sup>237</sup>, thus permitting the application

<sup>231</sup> In this sense, the 22 recital of Regulation n. 1259/2010 which makes clear “the full respect of the general principles of European Union law”, including, obviously, those obtainable from CFREU.

<sup>232</sup> J. MEYER (ed.), *Charta der Grundrechte der Europäischen Union*, ed. Nomos, Baden-Baden, 2014.

<sup>233</sup> CJEU, C-497/10 PPU, *Mercredi* of 22 December 2010, ECLI:EU:C:2010:829, I-14309, par. 55.

<sup>234</sup> M. POIARES MADURO, M. WIND, *The transformation of Europe: Twenty-five years on*, op. cit.,

<sup>235</sup> This last provision is also applicable to “an adult who, due to an alteration or insufficiency of personal faculties, is not able to take care of his interests (...)”.

<sup>236</sup> See recital n. 18 of the Regulation: “the informed choice of both spouses is an essential principle of this Regulation. Each spouse should know exactly what the legal and social consequences of the choice of applicable law are: the possibility to choose by mutual agreement the applicable law should without prejudice to the rights and equal opportunities of the two spouses, to this end the judges in the participating Member States should be aware of the importance of an informed choice for both spouses regarding the legal consequences of the agreement reached (...)”.

<sup>237</sup> In this sense see in particular: art. 15 of the Regulation n. 1259/2010, art. 37 of Regulation n. 650/2012, the art. 34 of Regulation n. 2016/1103 and 2016/1104, art. 17 of Protocol of Hague of 2007. See also from the CJEU, C-404/14, *Matoušková* of 6 October 2015, ECLI:EU:C:2015:653, published in the electronic Reports of the cases.

of potentially discriminatory criteria. Such a choice does not appear in itself contrary to the principles expressed by CFREU, whose art. 22 moreover guarantees respect for cultural, religious and linguistic diversity<sup>238</sup>, it being understood that in the presence of a sufficiently qualified violation of the prohibition of discrimination, public order clause may be invoked as a limit to the application of foreign law or as a cause impeding the recognition of the decision issued on the basis of a law referred to by applying criteria contrary to the aforesaid prohibition.

## XI. Concluding remarks

**135.** While the conventional system can only offer protection for equivalent-together with any enforcement, judicial or legislative enforcement effects, which the individual Member States deem to attribute to the ECtHR ruling-the exercise of the Union's powers in point protection of fundamental rights-with the consequent provision of minimum standards of guarantee-is able to offer, by means of those mechanisms such as the direct effect and the non-application of the incompatible national rule, a specific form of protection. Protection, the latter, which implies a higher standard of protection, even only for the mere application of the principle of primacy.

**136.** In my opinion, therefore, given that the two different guarantee schemes have contained-and offer protection- which is not perfectly comparable, the proper fulfillment of the obligations set out in articles 2 and 6 TEU could not be disregarded, where the Union enjoys its own competence, from the adoption of common minimum standards to safeguard fundamental rights on the sole basis that the same rights are also protected by the ECHR. This is because, by exercising the Union's regulatory competence, better and more effective protection could be guaranteed to them. This is especially true in connection with the construction of a system of free circulation of foreign judgments based on the principle of trust and mutual recognition, respect for fundamental rights can not be presumed by the fact that all Member States are also part of the ECHR. Indeed, in this case the question assumes the same tautological character as a presumption of respect for fundamental rights based solely on participation in the Union, in accordance with article 2 TEU<sup>239</sup>.

**137.** In particular, the balancing act between the right to effective judicial protection and other opposing interests-which, as we have seen, presupposes a rich series of political evaluations-should be placed primarily on a legislative level. Only later, if the assessment of the European legislator is flawed by unreasonableness, or is disproportionate, the question could pass to the examination of the judicial power. However, legislation which is "systematic" and not strictly sectoral in the matter of fundamental procedural rights would constitute a useful benchmark for the CJEU in those cases in which it must balance their protection in the specific case-that is to assess the compatibility of a legislative act with the same-attenuating the "political" character of these decisions and calming any criticism in relation to the excessive "activism" of the courts of Luxembourg.

**138.** The legislative action on harmonization and procedural approximation did not follow that transition between economic Europe and the Europe of rights that the Treaty of Lisbon wanted to give to every aspect of the Union, but rather remained firmly anchored to that functional link between the procedural impact and the functioning of the internal market which has characterized the early stages. And indeed, there is a marked gap between the declarations of intent of the European institutions on the

<sup>238</sup> L. GANNAGÉ, *Les méthodes du droit international privé à l'épreuve du conflit de cultures*, ed. Brill, The Hague, 2013, pp. 22ss.

<sup>239</sup> M. WIERZBOWSKI, A. GUBRYNOWICZ, *International investment law for the 21st century*, Oxford University Press, Oxford, 2015. A.H. TÜRK, *Judicial review in European Union law*, Edward Elgar Publishers, Cheltenham, 2010. L. WOODS, P. WATSON, *Steiner & Woods European Union law*, Oxford University Press, Oxford, 2017, pp. 37ss. C. BARNARD, S. PEERS, *European Union law*, op. cit., pp. 788ss.

protection of fundamental rights in the EU Justice Agenda for 2020<sup>240</sup>-and the effective action of the Union in this area.

**139.** If one were to identify one of the most needy aspects of development and evolution within the harmonization work, this is certainly relative to the protection of fundamental rights in civil proceedings. Action in this sense appears to be extremely urgent, as also highlighted by the recent resolution of the European Parliament of 25 October 2016 concerning the establishment of a safeguard mechanism at the level of the Union of fundamental rights<sup>241</sup>. And this not only to guarantee individuals a better level of protection for their rights, especially in connection with the free circulation of foreign measures-does not detract from the latter.

**140.** Furthermore, it would be necessary to reconcile the pursuit of the “justice” component of the Freedom and Security Security Area-intended as a better realization of the right to effective judicial protection, with a consequent greater effectiveness of EU law and completion, correct or better functioning of the internal market-with a concrete and not presumed realization of the “freedom” component, to be understood as the right of individuals to act and live in an area of legality, within which fundamental rights are fully and concretely guaranteed.

**141.** Unfortunately, in the field of civil matters the legislator does not seem to have made use of the possibilities offered by the new approach of the Lisbon Treaty<sup>242</sup>, especially as regards the cross-border judicial cooperation sector, where the immanent requirement for the functioning of the market the interior has been dequalified from a necessary to merely preferential element. Once this requirement had been removed, it would have been relatively simple to justify a cross-cutting procedural harmonization action, aimed at defining a series of common rules to protect fundamental procedural rights, albeit limited to cross-border disputes.

**142.** The possibility of interpreting article 114 TFEU, individually or jointly with article 81 TFEU<sup>243</sup>, should not be excluded a priori, as the legitimacy of the adoption of a directive aimed at defining a set of minimum standards or common principles in civil procedural in order to facilitate the free circulation of judgments through the strengthening of mutual trust between the judicial systems of the Member States-and thereby facilitate the functioning and complete establishment of the common market. Furthermore, a possible recourse to the instrument of enhanced cooperation should not be excluded.

---

<sup>240</sup> COM(2014)-144, The EU Justice Agenda for 2020: strengthening trust, mobility and growth in the Union, Brussels 11 March 2014.

<sup>241</sup> Only the harmonization and approximation of national laws by means of common provisions which, inter alia, ensure respect for fundamental procedural and non-procedural rights could allow the concrete removal of the necessary scrutiny by the national court of the execution, and consequently the reasons for refusal, without necessarily sacrificing the prerogatives of individuals. It is true that, at a precise and timely reading of the Povse and Bosphorus rulings, a presumption of absolute equivalent protection, and consequently the realization of a full European full faith and credit clause, would always be incompatible with compliance with the Convention. However, it is also clear from the rulings of the European Court that the element of primary importance is that of guaranteeing concrete protection of the fundamental rights guaranteed by the Convention. The presence of a normative corpus of EU law capable of infusing and realizing within the legal systems of the Member States a minimum, common and uniform standard for the protection of fundamental procedural rights-also modeled taking due account of the decisions of the Courts of Strasbourg and Luxembourg-would greatly reduce both the possibility of a conflict between the legal systems of the Union and the individual Member States with the provisions of the Convention, and possible conflicts between the jurisprudence of the two Courts. Furthermore, one would thus reconcile the pursuit of the “justice” component of the SLSG.-understood as a better realization of the right to effective judicial protection, with consequent greater effectiveness of EU law and completion, correct or better functioning of the internal market-with a concrete realization, and not presumed, of the “freedom” component, to be understood as the right of individuals to act and live in an area of legality, within which fundamental rights are fully and concretely guaranteed. Such a course of action was undertaken, for example, in relation to criminal law, starting with the Council resolution of 30 November 2009, which established a roadmap for strengthening.

<sup>242</sup> The reason for such a difference in treatment could be raised. Even in this case, the most likely appears the ontological difference between the “very personal” values at stake in the criminal sphere-among which, of course, personal freedom stands out-and those that can be traced back to civil matters. Nevertheless, such a reasoning does not fully satisfy. Indeed, within civil matters are not only rights from exclusively economic but also social nature, such as that of family life.

<sup>243</sup> L. WOODS, P. WATSON, *Steiner & Woods European Union law*, Oxford University Press, Oxford, 2017, pp. 37ss.

**143.** Likewise, a more structured approximation action could, in part, already be done by means of the optional instruments, in the area of cross-border disputes. This also by setting up genuine special courts<sup>244</sup> of the Union competent to resolve-following their procedural rules-disputes in cross-border civil and commercial matters, or in areas where the Union's harmonization action is already substantial, such as consumer protection, copyright, industrial patents<sup>245</sup>, public procurement, competition<sup>246</sup>. That is, in the event that the necessary political agreement could not be reached, defining special procedures applicable to such disputes, while maintaining them in the executive State of the individual national judicial authorities. In this case, the competence could easily be inferred both directly pursuant to art. 81 TFEU (for cross-border disputes) that indirectly pursuant to art. 114 and 115 TFEU (for further subjects)<sup>247</sup>. The proposal made by the European Parliament in the aforementioned declaration of 25 October 2016 to make article 2 TEU and CFREU itself a valid legal for the adoption of legislative measures to protect fundamental rights<sup>248</sup>.

**144.** Of such problems, especially at the point of possible inequality of treatment between internal and cross-border actions, it seems to take note to widen the notion of "transnational controversy" as far as possible, including cases where-although the parties are domiciled in the same Member State of the court seised-the place of performance of the contract, in which the harmful event occurs or the enforcement of the judicial decision is situated in a different Member State, or the matter at issue falls within the scope of Union law.

**145.** However, this solution, although appreciable, does not convince in terms of practical feasibility. Indeed, it has already been pointed out that the Member States are inclined towards a strict interpretation of the requirement of cross-border implications referred to in article 81 TFEU, the latter recently reconfirmed with the approval of Regulation 2015/2421<sup>249</sup>-of modification of the European procedure for small claims and the order for payment procedure-in which the Commission's proposal to widen the scope of the aforementioned proceedings was rejected through an almost similar extensive interpretation of the concept of a dispute border. Excluding exceptional revisions of the positions of the Council-possibly also following the exit of the United Kingdom from the Union-the scope of application of the draft of Directive therefore runs the risk of being brought back into the narrowest riverbed as per regulations 1896/2006<sup>250</sup> and 861/2007<sup>251</sup> and 861/20072. Moreover, particular perplexity arises from the extensive clause aimed at considering cross-border any dispute that falls within the scope of Union law, if only because of the considerable difficulties in application and interpretation that it entails, which are configured as neither more nor less difficult with respect to those relating to the scope of the restrictive clause in article 51 CFREU<sup>252</sup>.

<sup>244</sup> It must not be forgotten, in fact, that the dispute before the Court of Justice and the Court of First Instance is governed by its own procedural regulations. However, the recent decline, by Regulation (EU) no. 2015/2422 of 16 December 2015, of the only specialized court pursuant to art. 257 T.F.U.E. seems to exclude the will to proceed towards the creation of a series of ad hoc European judges.

<sup>245</sup> On the model, for example, the Unified Patent Court, which owns a very detailed procedural regulation, which regulates in detail every aspect of the process before it, including any extremely important accessory aspects for effective access to justice, such as legal aid and exemption from court fees.

<sup>246</sup> B. HESS, *Harmonized Rules and Minimum Standards in the European Law of Civil Procedure*, P.E. 556.971, (Study of European Parliament, 2016), pp. 13ss.

<sup>247</sup> A. KACZOROWSKA-IRELAND, *European Union Law*, Routledge, London & New York, 2016. F. MARTUCCI, *Droit de l'Union européenne*, op. cit.,

<sup>248</sup> A. KACZOROWSKA-IRELAND, *European Union Law*, op. cit.

<sup>249</sup> CJEU, C-627/11, *ZSE Energia* of 22 November 2018; ECLI:EU:C:2018:941, published in the electronic Reports of the cases.

<sup>250</sup> As we can see from the next cases from the CJEU: C-21/17, *Catlin Europe SE* of 6 September 2018, ECLI:EU:C:2018:675; C-245/14, *Thomas Cook Belgium* of 22 October 2015, ECLI:EU:C:2015:715, all of them published in the electronic Reports of the cases. See also for the last case: S. PEERS, *European Union justice and home affairs law*, Oxford University Press, Oxford, 2016, pp. 380ss.

<sup>251</sup> See from the CJEU: C-516/18, *Sun Express Deutschland* of 22 August 2018, ECLI:EU:C:2018:730, published in the electronic Reports of the cases.; C-422/18 PPU, *FR* of 27 September 2018, ECLI:EU:C:2018:784, not yet published.

<sup>252</sup> C. PICHERAL, *Le droit à un procès équitable au sens du droit de l'Union européenne*, ed. Anthemis/Nemesis/Limal, Bruxelles, 2012. M. SILVEIRA, A. CANOTILHO, *Carta dos direitos fundamentais da União Europeia*, ed. Almedina, Coimbra, 2013, pp. 537ss.



**146.** It would have been perhaps politically simpler-in order to guarantee a generalized scope of application to the provision-to try to promote an extensive interpretation of article 114 TFEU capable of legitimizing a minimum harmonization intervention in terms of protection of rights fundamental procedural law in the whole civil and commercial matter, rather than a notion of a dispute with cross-border implications so broad that it essentially clears article 81 TFEU<sup>253</sup>-which already provides for the possibility to intervene directly on the procedural arrangements of the Member States, albeit limitedly, in fact, to the transnational dispute-from every one of its borders. The latter option, which will hardly be accepted by the Member States willingly, if not for the implications present, but to avoid the creation of a precedent that could be inconvenient in the future<sup>254</sup>.

**147.** In conclusion, the slowness of the Institutions in profiting the openings of the Lisbon Treaty, also with the aim of guaranteeing better protection of fundamental procedural rights, is partly disheartening, but probably also a child of the delicate moment of turbulence-or open crisis-that Union has lived in these last years. The harmonization of national procedural systems-now becoming a necessary element for a further development of the free circulation of foreign judgments and provisions (and therefore for the completion of the common market)-could ultimately benefit from the strong political will that is usually formed in relation to issues related to the functioning of the internal market, to reinforce the protection of fundamental procedural rights and reduce differences in judicial treatment in the different Member States. In this way, that balancing operation would take place between the different components that for too long has been postponed in favor of “security”, or “justice”<sup>255</sup>, to the partial detriment of strengthening the protection of the fundamental rights of European citizens.

---

<sup>253</sup> A. HARTKAMP, C. SIBURGH, W. DEVROE, *Cases, materials and text on European Union law and private law*, Hart Publishing, Oxford & Oregon, Portland, 2017, pp. 282ss.

<sup>254</sup> Therefore, it is not mere coordination arrangements between the different courts, or obligations of mutual recognition in relation to notifications made in a different Member State with respect to that of the course seised.

<sup>255</sup> A. HARTKAMP, C. SIBURGH, W. DEVROE, *Cases, materials and text on European Union law and private law*, op. cit.

# LOS ACTORES NO ESTATALES INTERNACIONALES A LA LUZ DEL DERECHO INTERNACIONAL: EL CASO DE LAS EMPRESAS TRANSNACIONALES

## INTERNATIONAL NON-STATE ACTORS UNDER THE LIGHT OF INTERNATIONAL LAW: THE CASE OF TRANSNATIONAL COMPANIES

EUGENIA LÓPEZ-JACOISTE DÍAZ\*

*Profesora Titular de Derecho Internacional y Relaciones Internacionales  
Universidad de Navarra*

Recibido: 15.05.2019 / Aceptado: 14.06.2019

DOI: <https://doi.org/10.20318/cdt.2019.4955>

**Resumen:** Nunca en la sociedad internacional las empresas transnacionales han tenido tanta importancia como en la actualidad. Es innegable su influencia en la vida económica y política de la sociedad internacional. Sus acciones autónomas y sin cortapisas se han visto favorecidas por la defensa de la liberalización comercial casi absoluta por parte de la OMC. Han adquirido, sin duda, un papel sin precedentes en la organización de los intereses comerciales internacionales. Pero esta realidad no corresponde con su deficiente estatuto jurídico internacional y menos aún con su muy discutida subjetividad internacional. Son algo más que meros objetos y pueden llegar a ser, incluso, sujetos derivados o funcionales del orden internacional, a pesar de las reticencias doctrinales e insuficiencias del Derecho internacional.

**Palabras clave:** empresas transnacionales, globalización económica y comercial, actores no estatales, capacidad jurídica internacional, sujetos de Derecho internacional.

**Abstract:** Transnational enterprises have never been as important as they are today. Their influence on the economic and political life of international society is undeniable. Its autonomous and unrestrained actions have been favored by the defense of almost absolute trade liberalization by the WTO. They have undoubtedly acquired an unprecedented role in the organization of international commercial interests. These facts do not correspond however to its deficient international legal status and even less to its much-discussed international subjectivity. Such enterprises are more than mere objects of the international order and they can even be derived or functional subjects of the international order, despite the doctrinal reluctance and inadequacies of international law.

**Keywords:** transnational enterprises, economic and commercial globalization, non-state actors, international legal capacity, subjects of international law

**Sumario:** I. Introducción. II. ¿Es necesaria una reconceptualización de la sociedad internacional a causa de estos actores no estatales? III. La convivencia entre los Estados y los actores no estatales en la sociedad internacional. IV. Complejidad de las empresas transnacionales y su evolución. V. Las dificultades a la hora de definir la empresa transnacional. VI. Las empresas transnacionales como actores en la sociedad internacional. VII. Las empresas transnacionales: ¿sujetos de Derecho internacional? VIII. Las controversias doctrinales. IX. Las empresas transnacionales en la actuali-

---

\*ejacoiste@unav.es

dad jurídica internacional. 1. Argumentos de aquellos que, a pesar de todo, niegan la subjetividad internacional de estas empresas. 2. Argumentos para reconocer una cierta subjetividad internacional a estas empresas. X. Conclusión.

## I. Introducción

1. Desde que la Corte Internacional de Justicia se pronunciara en su Dictamen sobre la reparación de los daños sufridos al servicio de las Naciones Unidas, afirmando que los sujetos en un determinado sistema jurídico no tienen que ser necesariamente idénticos ni en cuanto a su naturaleza ni en cuanto a su extensión, se abrió la puerta a un nuevo panorama por el que discurrirían los nuevos sujetos del Derecho internacional que se irían creando posteriormente dependiendo de las necesidades de la comunidad internacional<sup>1</sup>. Sin embargo, setenta años después de esta Opinión, parece que el problema de la subjetividad internacional de los actores no estatales continúa presente, a pesar de los enormes progresos que se han hecho en el ámbito del Derecho internacional<sup>2</sup>.

2. Uno de los acontecimientos más importantes en el desarrollo del Derecho internacional de los últimos tiempos ha sido la creación de las normas aplicables a las empresas transnacionales. Y es que, como ya señaló Jonathan Charney en 1983, aunque el Derecho internacional público se ha ocupado de las cuestiones económicas desde hace ya mucho tiempo, la gran expansión de sus actividades que ha tenido lugar ya desde el inicio de la segunda mitad del siglo pasado, ha atraído hacia ellas el centro de atención, sobre todo para crear normas internacionales que regularan sus actividades<sup>3</sup>. Es obvio que esto se debe no solo a la importancia de sus actividades, sino también al hecho de la irrupción en la escena internacional de los países denominados antes “en desarrollo”, y ahora “emergentes”, que han ido desarrollando una estructura de poder, sobre todo en las últimas décadas, para oponerse tanto a las empresas transnacionales, como a los países desarrollados, de los que procedían estas empresas. A este respecto, los movimientos que se vivieron en los años setenta y ochenta en torno al concepto del Nuevo Orden Económico Internacional ha cambiado no solo a nivel ideológico por la desaparición de la URSS, sino también a causa del liberalismo económico a ultranza que se ha impuesto en la sociedad internacional, lo que ha facilitado el surgimiento de importantes empresas transnacionales en los grandes países emergentes, como Brasil, China, India, México, Rusia, etc., abriéndose así ese coto cerrado que asimilaba las empresas transnacionales casi exclusivamente con los países industrializados.

Pero si en la segunda mitad del siglo pasado las empresas transnacionales ya estaban de moda en la actualidad internacional, sobre todo para hablar más mal que bien de ellas, algo similar ocurre en la actualidad, sobre todo por parte de muchas ONG's, y no tanto ya por parte de los Estados. Y es que esas ONG's consideran a muchas empresas transnacionales como actores que solo buscan su provecho

---

<sup>1</sup> El texto de la Corte es el siguiente: “The subjects of law in any legal system are not necessarily identical in their nature or in the extent of their rights, and their nature depends upon the needs of the community. Throughout its history, the development of international law has been influenced by the requirements of international life, and the progressive increase in the collective activities of States has already given rise to instances of action upon the international plane by certain entities which are not States. This development culminated in the establishment in June 1945 of an international organization whose purposes and principles are specified in the Charter of the United Nations. But to achieve these ends the attribution of international personality is indispensable”. Cfr. *Reparation for injuries suffered in the service of the United Nations*, Advisory Opinion, *ICJ Reports*, 49, p. 178.

<sup>2</sup> Queremos poner de relieve que, aunque generalmente se ha utilizado esta Opinión como una apertura hacia una eventual ampliación de la subjetividad internacional, algunos autores, como entre nosotros el Profesor Carrillo Salcedo, sostuvo que del Dictamen no se puede extraer una interpretación en ese sentido muy amplia, al referirse exclusivamente a las Naciones Unidas, y no al resto de Organizaciones internacionales. Cfr. *Curso de Derecho internacional público*, Tecnos, Madrid, 1995, p. 30. No es esta, sin embargo, la opinión más aceptada en las dos últimas décadas.

<sup>3</sup> Cfr. J. CHARNEY, “Transnational Corporations and Developing Public International Law”, *Duke Law Journal*, vol. 32, 1983, n° 4 pp. 748-788, en particular, pp. 748-749.

económico, aunque sea violando si es preciso las normas internacionales bien sea en materia de derechos humanos o bien por no ser respetuosas con el medio ambiente, aspectos que para estas ONG's, las empresas transnacionales están siempre en el punto de mira<sup>4</sup>. Hay que reconocer sin embargo que hoy en día, el mundo no sería el mismo sin estas empresas, al mantener un cierto oligopolio en algunos sectores económicos muy importantes como es el energético, en general, pero también en otros muchos como el alimenticio, el tecnológico, el de inversiones, etc. Esta pujanza de las empresas transnacionales se debe también al contexto globalizador a nivel económico, sin olvidar también el político, ya que en ambos han surgido nuevas potencias que han hecho de la sociedad internacional actual una sociedad más multicolor y universal, debilitándose el peso de los países industrializados, y reforzándose mucho el de los grandes países emergentes. Esto se vislumbra también a nivel jurídico, sobre todo a causa de que durante mucho tiempo el Derecho internacional económico ha estado aletargado, rechazando que pudiera ser una faceta importante del Derecho internacional. Algo similar ha ocurrido, aunque a menor nivel con los derechos humanos, manteniéndose ambas disciplinas durante mucho tiempo casi sin puntos de conexión, aunque siempre estuvieron en el mismo "sistema solar"<sup>5</sup>.

3. El problema continúa, y no podía ser menos a la luz de la evolución que está padeciendo el Derecho internacional, aunque esta evolución no tenga los efectos jurídicos formales que algunos desean para adaptar o transformar el Derecho internacional a las nuevas realidades económicas, políticas o sociales presentes en la actual sociedad internacional. La situación se vuelve incluso enrevesada, ya que si algunos pretenden considerar a la sociedad internacional como una especie de "monoglosia", en la que el Estado es el héroe del Derecho internacional, cuando en realidad esta sociedad internacional va mucho más allá que eso, lo que existe en la práctica es una especie de "heteroglosia", en donde los actores no estatales cada vez desempeñan mayores funciones en el sistema jurídico internacional<sup>6</sup>. En este contexto, los autores que desean una apertura del sistema jurídico internacional y un mayor reconocimiento jurídico a estos actores no estatales piensan que estos actores no estatales pueden ser titulares de derechos y obligaciones en el ámbito jurídico internacional y, por lo tanto, serán sujetos de Derecho internacional<sup>7</sup>. Es más, señalan e invocan la participación de muchos de estos actores en el proceso de creación de normas, consideradas como tales, aunque no necesariamente vinculadas con las que figuran en el artículo 38 del Estatuto de la Corte Internacional de Justicia<sup>8</sup>, sin descontar el denominado "Trans-

<sup>4</sup> Esta es la idea que tiene también Fabrizio Marrella, quien inicia su curso en la Academia Internacional de La Haya con estos términos: "Il ne se passe pas un jour sans que l'on n'entende parler d'événements liés aux entreprises ou sociétés transnationales (STN): le plus souvent, surtout dans ces années de crise économique globale, il s'agit de mauvaises nouvelles: achats et fusions entraînant des licenciements, délocalisations, corruption, pollution de l'environnement, violations des droits de l'homme y compris l'exploitation des enfants et des communautés autochtones, avec toutes les conséquences que cela implique". Cfr. F. MARRELLA, "Protection internationale des droits de l'homme et activités des sociétés transnationales", *Recueil des Cours*, T. 385, 2016, pp. 33-435, p. 47.

<sup>5</sup> Expresión utilizada por F. MARRELLA, *Ibid*, p. 49.

<sup>6</sup> A este respecto, "monoglosia" y "heteroglosia" en el sentido que les da Cedric Ryngaert. Cfr. C. RYNGAERT, "Non-State Actors: Carving out a Space in a State-Centred International Legal System", *Netherlands International Law Review*, vo. 63, 2016, 2, pp. 183-195, especialmente, pp-184-188.

<sup>7</sup> "It is not an *a priori* threshold that needs to be crossed before an NSA can enjoy rights or obligations under international law. Rather, an NSA enjoys international legal personality *because* it enjoys certain obligations. The focus of the inquiry should thus simply be on whether an international norm creates rights or obligations for an actor, and when this is indeed the case, the addressee of the norm can be considered as an international legal person. Thus, when we say that an NSA is a subject of international law, it simply means that it enjoys *certain* rights and or obligations under international law". *Ibid*, p. 187.

<sup>8</sup> A este respecto, es conocido el papel que ha desempeñado a este respecto la Santa Sede con los famosos Concordatos, pero en estos aspectos el más representativo es el Comité Internacional de la Cruz Roja (CICR), ya que, a pesar de que como es el caso de las Organizaciones internacionales ha recibido un mandato de la sociedad internacional a través de tratados internacionales, el CICR se ha constituido por individuos como una asociación privada de Derecho suizo, estando además administrado y gestionado por una Asamblea de individuos de nacionalidad suiza. Conviene recalcar, sin embargo, que si el CICR no ha sido creado por los Estados, sus actividades y sus funciones sí que lo son. Por eso, como ya se ha señalado por algún autor, el CICR tiene una naturaleza híbrida, pues no es una Organización internacional clásica ni tampoco una típica ONG. Sin embargo, el trato que le acuerdan los Estados es más similar al de una Organización internacional clásica que al de una ONG, como lo demuestra su evolución. Para más detalles sobre esta Institución, cfr. E. DEBUF, "Tools to do the Job: The ICRC's Status, Privileges and Immunities", *International Review of the Red Cross*, 2016, pp. 319-344.

national Law<sup>9</sup>). Pero también invocan su participación en tareas de supervisión y cumplimiento, incluso sin mediación estatal<sup>10</sup>, sin olvidar su participación en el arreglo de controversias<sup>11</sup>.

## II. ¿Es necesaria una reconceptualización de la sociedad internacional a causa de estos actores no estatales?

4. Es muy común escuchar en el ámbito jurídico internacionalista que el Derecho internacional, en realidad, como cualquier otro orden jurídico, no puede ser impermeable a los cambios económicos y sociales a los que está expuesta la sociedad internacional. Sin embargo, en algunos casos, se tiende a defender más fácilmente la inamovilidad que el progreso. Y es que no se trata pura y simplemente de conformismo o de comodidad, sino que se debe sobre todo a que cualquier norma jurídica va a traer consigo una cierta estabilidad, de ahí el carácter poco evolutivo en general del Derecho. Sin embargo, como ya apuntó magistralmente Prosper Weil<sup>12</sup>, una longevidad demasiado considerable de la norma acarrearía un divorcio con la realidad. Aunque dicho autor hizo esta afirmación pensando en la realidad “económica”, es también aplicable al tema que nos va a ocupar, el de la subjetividad internacional de las empresas transnacionales, ya que el orden económico actual no se entendería sin ellas. Por otro lado, no conviene olvidar que todo sistema jurídico debe tomar en consideración tanto la estabilidad como la evolución y el progreso, si es que quiere seguir pegado a la realidad, tal y como ya se constató en 1938 al predecirse las futuras transformaciones del orden internacional<sup>13</sup>. Es evidente que esas transformacio-

<sup>9</sup> Sobre esta cuestión, cfr. F. CAFAGGI, “Transnational Private Regulation: Regulating Private Regulators”, en: CASSESE, S. (Ed.): *Research Handbook on Global Administrative Law*, Cheltenham, Ed. Edward Elgar, 2016, Chapter 10, pp. 212-241.

<sup>10</sup> Cabe citar el papel de la ONG “Geneva Call”, creada en el año 2000, y cuya misión es sobre todo promover el respeto por los actores no estatales de las normas internacionales de Derecho internacional humanitario en los conflictos armados y en otras situaciones de violencia, en particular de aquellas normas relacionadas con la protección de la población civil. Así, por ejemplo, han centrado sus esfuerzos en prohibir las minas antipersonales, la protección de los niños, la violencia sexual, etc. Desde este prisma, esta ONG ha establecido contacto con más de cien actores no estatales en todo el mundo, con un resultado muy positivo, pues sesenta y tres de estos actores no estatales contactados han firmado hasta ahora el “Deeds of Commitment”, por el que se comprometen a respetar las normas internacionales. Esta ONG suscribe, como el CICR, los principios de neutralidad, imparcialidad e independencia, y se compromete a asegurar la transparencia informando incluso a los Estados de los compromisos obtenidos con los actores no estatales. Véase, [www.genevacall.org](http://www.genevacall.org) (consultado el 14 de enero de 2019).

<sup>11</sup> Quizás sea este ámbito en el que los actores no estatales se hayan mostrado más activos, a pesar de que, como se sabe, no pueden intervenir ante la Corte Internacional de Justicia. Sin embargo, los Estados sí que pueden invocar los informes o escritos que estos actores no estatales hayan presentado ante la Corte, tal y como lo recoge la “Practice Direction XII” de la Corte. Cfr. <https://www.icj.org> (consultada el 14 de enero de 2019). Dicho esto, hay que recalcar que indirectamente el papel de estos actores no estatales en este ámbito no es desdeñable por la presión que ejercen sobre los Estados para que estos actúen ante los mecanismos judiciales competentes. Esto es muy común que ocurra para que un Estado recurra ante el Órgano de Solución de Diferencias de la OMC. Para más detalles, véase H. RUIZ FABRI, “Is there a Case-Legally and Politically-for Direct Effect of WTO Obligations”, *European Journal of International Law*, vol. 25, 2014, 1, pp. 151-173. Pero incluso esta presión se ha hecho por los ecologistas australianos para que su país llevara el asunto de la caza de ballenas en las aguas antárticas por parte de Japón a la CIJ, que adoptaría en el conocido Asunto “Case Concerning Whaling in the Antarctic (Australian v. Japan: New Zealand Intervening)” (Judgement, ICJ Reports 2014, p. 226, una decisión el 31 de marzo de 2014, según la cual el Japón debía detener su programa de pesca de la ballena en el Océano del Sur a causa de que el programa en cuestión adolecía de datos científicos relevantes, violando así la Convención Internacional de la pesca de la ballena del 2 de diciembre de 1946. Para más detalles sobre esta cuestión, cfr. B. GOGARTY y P. LAWRENCE, “The ICJ Whaling Case: Missed Opportunity to Advance the Rule of Law in Resolving Sciences-Related Disputes in Global Commons?” *Zeitschrift für ausländisches öffentliches Recht und Völkerrecht*, vol. 77, 2017, 1, pp. 161-197. Ver también, M. MEGURO, “EJIL Debate. The Whaling Case and the Duty to Cooperate: Responding to Professors Thirlway and d’Aspremont”, publicado en enero de 2018 (consultado el 3 de junio de 2019 en <https://www.ejiltalk.org/ejil-debate-the-whaling-case-and-the-duty-to-cooperate-responding-to-professors-thirlway-and-daspremont/>). Es más, es conocido que en algunos ámbitos determinados, como en materia de derechos humanos o en materia de inversiones, estos actores no estatales pueden recurrir para resolver sus controversias con los Estados. Y en el ámbito de la Unión Europea, ya se sabe que el Tribunal de Justicia se ha tenido que pronunciar ya en varios casos a instancia del Frente Polisario, u organizaciones afines, decidiendo que en algunos Tratados concluidos por la Unión Europea y Marruecos eran contrarios al Derecho de la Unión por violar el derecho de autodeterminación del pueblo saharauí, como es el caso de la sentencia del 27 de febrero de 2018 en relación con el Tratado de pesca.

<sup>12</sup> De este autor, cfr. “Le droit international économique mythe ou réalité?”, en *Colloque d’Orléans*, 25-27, mai 1971. *Aspects du droit international économique, élaboration-contrôle-sanction*, SFDI, Paris, Pedone, 1972, p. 8.

<sup>13</sup> Cfr. M. BOURQUIN, “Stabilité et mouvement dans l’ordre juridique international”, *Recueil des Cours*, T. 64, 1938-II, pp. 347-477, p. 409.

nes suelen empezar por la vía de los hechos para luego llegar al ámbito jurídico, ya que si se produce una brecha importante entre la teoría y la realidad, el Derecho dejaría de cumplir con sus funciones, que en esencia son gobernar y regular una realidad social<sup>14</sup>. Por eso, por mucho que a algunos no les guste, hay que afirmar que el Derecho internacional debe ser realista, ya que un sistema jurídico anclado en la utopía sirve para soñar, pero no para regir una sociedad determinada.

5. Otra cuestión en la que insisten los que defienden la “heteroglosia” es el reconocimiento a nivel internacional de ciertas obligaciones que recaen sobre los actores no estatales, generando responsabilidad internacional en el caso de su violación. Conviene recalcar, sin embargo, que una buena parte de estas obligaciones, así como por supuesto de los derechos, son creadas por los Estados, y en ese procedimiento los actores no estatales no participan directamente en él. Tampoco se puede decir que los derechos y las obligaciones que se les otorgan son iguales para todos los actores no estatales, pues eso dependerá del actor y del régimen en el que actúe. Sin embargo, algunos actores, como aquellos que queden englobados en lo que se considera grupos armados o movimientos de liberación nacional van a tener que cumplir con las obligaciones que les impone directamente el Derecho internacional humanitario, tanto convencional como consuetudinario, en el que ellos obviamente no han participado<sup>15</sup>. Algo similar ocurre en materia de derechos humanos, aunque aquí el debate es más intenso<sup>16</sup>. Es más, algunos Estados, y un sector doctrinal cada vez más importante, no han dudado en invocar en algunos aspectos normas internacionales que hasta ahora se solían invocar casi solo para los Estados, pero que con el importante desarrollo de ciertos grupos armados a todos los niveles (armamentístico, humano y tecnológico) no han dudado en invocar conceptos como el de la legítima defensa desde hace ya algún tiempo (por ejemplo Israel) para combatir y poder defenderse bien sea de grupos terroristas o bien de organizaciones armadas que actúan a veces llevando a cabo ataques terroristas y otras pura y simplemente ataques armados<sup>17</sup>. Algo similar ocurre con lo que se denominó a finales del siglo pasado y principios de este como “asesinatos selectivos” por parte de un sector doctrinal, cuando ahora se considera que ni son simplemente “asesinatos” ni tampoco muy “selectivos”<sup>18</sup>. Otros actores no estatales, como las empresas transnacionales, han estado últimamente en el punto de mira de esta importante cuestión en relación con los derechos humanos, aunque en esta materia nos situamos en un terreno movedizo en el que el Derecho internacional y el Derecho interno tienen puntos de encuentro, pero sin que se pueda afirmar tajantemente que estos actores sean los destinatarios directos de esas obligaciones internacionales, sino que van a ser los Estados en los que llevan a cabo esas actividades los que tendrán que controlar y vigilar que estas empresas respetan las normas internacionales. No es casual que en este ámbito se hayan adoptado códigos de conducta, directrices de actuación o Principios rectores...etc., calificables como normas de *soft-law*<sup>19</sup>, pero que distan mucho de ser realmente normas jurídicas, obligatorias y vinculantes.

<sup>14</sup> Esta frase es abundantemente utilizada por la doctrina con muchos fines en el ámbito jurídico internacional en relación con el tema que aquí nos ocupa, cfr. C. L. LIM, “Authority and Personality: Non-State Entities as Law-Givers?”, en C. HARDING/ C.L. LIM (Eds.), *Renegotiating Westphalia – Essays and Commentary on the European and Conceptual Foundations of Modern International Law*, Leiden, Martinus Nijhoff, 1999, pp. 53-63.

<sup>15</sup> Cfr., por ejemplo, M. SASSÖLI, “Taking Armed Groups Seriously: Ways to Improve Compliance with International Humanitarian Law”, *International Humanitarian Legal Studies*, 2010, 1, pp. 5-51, pp. 46-47.

<sup>16</sup> A este respecto, véase la interesante obra de K. FORTIN, “The Accountability of Armed Groups under Human Rights Law”, Oxford, Oxford University Press, 2017, 421 p. En las páginas 104-105 este autor lleva a cabo un estudio interesante en relación con la guerra civil española y los insurgentes. Sobre esta cuestión, véase también los interesantes comentarios que lleva a cabo E. DE BRAVANDERE, “Non-State Actors and Human Rights: Corporate Responsibility and the Attempts to Formalize the Role of Corporations as Participants in the International Legal System”, en J. D’ASPROMONT (Ed.) *Participants in the International Legal System: Multiple Perspectives on Non-State Actors in International Law*, Londres, Routledge, 2011, pp. 268-283.

<sup>17</sup> Tesis defendida por el Profesor Bermejo desde 1993 en varios estudios sobre el uso de la fuerza. Véase, R. BERMEJO GARCÍA, *El marco jurídico internacional en materia de uso de la fuerza: ambigüedades y límites*. Madrid, Civitas, 1993, 473 p., especialmente pp. 270-341.

<sup>18</sup> Cfr. G. BLUM Y P. HEYMANN, “Law and Policy of Targeted Killing”, *Harvard National Security Journal*, vol. 147, 2010, 1, pp. 145-170.

<sup>19</sup> Cfr., por ejemplo, E. LÓPEZ-JACOISTE DÍAZ, “Los Principios Rectores de las Naciones Unidas sobre empresas y derechos”, en C. R. FERNÁNDEZ LIESA/ E. LÓPEZ-JACOISTE DÍAZ, *Empresas y derechos humanos*, Cizur Menor, Thomson-Aranzadi, 2018, pp. 35-65, p. 64.

6. Surge así la cuestión de saber si estos actores pueden generar una real responsabilidad internacional por violación del Derecho internacional, cuestión que sigue sin resolverse, a pesar de los intentos que se han llevado a cabo para poder elaborar un proyecto de artículos en esta materia, siguiendo las líneas que la Comisión de Derecho Internacional había ya adoptado en su Código sobre la responsabilidad internacional de los Estados y de las Organizaciones internacionales por actos ilícitos de 2001<sup>20</sup>. Sin embargo, al final, estas ideas sugeridas por algunos autores fueron abandonadas debido a una serie de causas como la gran diversidad de actores no estatales en la sociedad internacional, la ausencia casi total de una práctica internacional relativa a su responsabilidad, así como por sus escasas obligaciones primarias a nivel internacional. Esta complejidad de actores no estatales, hace muy difícil articular unos parámetros comunes aplicables a todos ellos. Es más, incluso centrándonos en una categoría de ellos, como pueden ser los grupos armados o terroristas la práctica nos revela las serias dificultades a la hora de obligarles a reparar a sus víctimas por los delitos cometidos.

### III. La convivencia entre los Estados y los actores no estatales en la sociedad internacional

7. Hay que reconocer que la convivencia entre los Estados y los actores no estatales en la sociedad internacional está lejos de ser muy armónica, pues, aunque es cierto que en algunos casos la interacción o la influencia de los actores no estatales en algunos Estados ha sido positiva, o ha llegado al resultado deseado por los primeros<sup>21</sup>, sin embargo, no siempre ha sido así, y muchos actores no estatales buscan no solo influir en la política de los Estados, sino que desean actuar como si fueran casi Estados, recurriendo a conceptos o figuras como el de la “Gobernanza internacional o mundial”, en el que ambos puedan retroalimentarse. Quienes sostienen esa interacción entre los actores no estatales y los Estados señalan que saber qué acciones corresponderían a los actores no estatales y cuáles a los Estados es una cuestión política que habría que resolver, aunque “*a smart mix of both may be desirable*”<sup>22</sup>.

Asumiendo esta premisa, y reconociendo que no todos los problemas que tiene la sociedad internacional pueden ser resueltos recurriendo estrictamente al Derecho internacional, lo cierto es que son los Estados los que tanto a nivel teórico, como práctico continúan siendo no solo los pilares del sistema, sino también la principal herramienta para garantizar al final el buen funcionamiento de los actores no estatales, aunque se queden al margen aspectos que pueden ser importantes como son la legitimidad o la transparencia. Pero la sociedad internacional es la que es, y en ella los Estados son los que debido a sus características esenciales (territorio, población, Gobierno), no solo la han creado, sino que su evolución va a depender de ellos. Este es el caso de las Organizaciones internacionales creadas por y para los Estados. Es más, todo individuo está o va a estar sometido a la soberanía de un Estado bien sea en su propio territorio, bien sea en la aeronave o el barco que tenga su nacionalidad. Su territorio va a servir como punto de anclaje de su población, y el Estado defenderá y representará los intereses de su pueblo o pueblos sin necesidad de que esté configurado siguiendo los parámetros democráticos. Además no hay que olvidar que no todos los Estados son ya democráticos, y tampoco se puede decir que en todos los Estados se respetan los derechos humanos, tal y como se defienden o protegen en los países occidentales, y no por eso dejan de ser Estados. Nada de esto tienen los actores no estatales, aunque esto no impide que

<sup>20</sup> Sobre esta materia y sus pormenores, cfr. C. GUTIÉRREZ ESPADA, *La responsabilidad internacional (las consecuencias del hecho ilícito)*, Murcia, Diego Marín, 2005, 311 p. De este mismo autor, véase *Responsabilidad internacional de las organizaciones internacionales a la luz del proyecto definitivo de artículos de la Comisión de Derecho Internacional* (2011), Granada, Comares, 2012, 240 p.

<sup>21</sup> Tal fue el caso de la ONG neerlandesa Urgenda que presionó al Gobierno de los Países Bajos al llevar un caso ante los tribunales contra el propio Gobierno por violar sus obligaciones internacionales a la hora de reducir las emisiones de efecto invernadero. En este caso Urgenda y otros novecientos querellantes recibieron la decisión del Tribunal de Distrito de La Haya, procedimiento que se inició en 2013, con gran alegría, al tratarse del primer caso en el que un Juez ha requerido a un Estado a adoptar las medidas de precaución necesaria para luchar contra el cambio climático, convirtiéndose así en un caso que viene a apoyar a otros casos similares que se están planteando a nivel internacional. En el veredicto se señala que el Estado tiene la obligación legal de proteger a sus ciudadanos, y que por eso se insta al Estado a adoptar todas las medidas cautelares necesarias con el fin de reducir las emisiones en un mínimo de un 25 por ciento en 2020 en comparación con las emitidas en 1990. A este respecto, cfr. <http://urgenda.nl/en/> (consultado el 24 de enero de 2019).

<sup>22</sup> Cfr. C. RYNGAERT, “Non-State Actors...” op. cit., p. 193.

algunos de ellos representen un interés específico como es el caso del CICR, y esto porque los Estados así se lo han reconocido. Pero tampoco los actores no estatales celebran ni negocian los tratados, aunque pueden prestar asistencia, como en algunos casos se ha hecho, por ejemplo en la Conferencia de Río +20 que tuvo lugar en junio de 2012 y en la que 400 representantes de ONG's estuvieron presentes<sup>23</sup>.

8. Otro aspecto jurídico relevante a tomar en consideración es el de saber si los actores no estatales pueden contribuir con sus prácticas a la formación de una norma consuetudinaria internacional. A este respecto, se ha defendido en 2014 en el seno de la "International Law Association"<sup>24</sup> que una norma consuetudinaria era creada y sostenida por la práctica constante y uniforme de los Estados y de otros sujetos de Derecho internacional en los ámbitos que repercuten en sus relaciones internacionales. Sin embargo, como se ha apuntado<sup>25</sup>, esto es la opinión solo de algunos autores, ya que la Comisión de Derecho Internacional ha considerado que la práctica de los actores no estatales no puede ser tomada en cuenta en la creación de las normas consuetudinarias, aunque puede ser relevante a la hora de evaluarla<sup>26</sup>. Esto no impide, sin embargo, que indirectamente estos actores recurran a normas de "soft law" que son invocadas y llevadas no solo a la práctica internacional, sino también a la jurisprudencia al ser adoptadas después por determinados tribunales arbitrales, transformándolas así *de facto* en "hard law", o por lo menos informan sobre el estado presente del derecho positivo como ocurre en ciertos casos en el CIRDI. De esta manera, este "soft law" puede desempeñar un papel en la interpretación de las normas convencionales, por ejemplo, mientras que en otros casos, que ya son más raros, pueden incluso permitir llegar a una solución que las normas del derecho positivo no lo permiten<sup>27</sup>.

9. Por cuanto antecede resulta un poco ilógico comparar los actores no estatales con los Estados, ya que son diferentes, tanto por su naturaleza como por los derechos y obligaciones, aunque esto no quiere decir que en la actualidad no se necesiten unos y otros en esta sociedad internacional tan compleja. Que los actores no estatales son hoy en día una realidad internacional que nadie puede ocultar, es obvio, así como su importancia e influencia en muchos ámbitos internacionales, como puede ser el económico, el financiero y el medio ambiental, pero esto no quiere decir que están en un plano de igualdad con los Estados. Tampoco vale la premisa según la cual si los actores no estatales están obligados a cumplir con el Derecho internacional (por ejemplo, las empresas transnacionales, las ONG's e incluso los individuos), ¿por qué no podrían participar y desempeñar un mismo papel en la creación de sus normas? La respuesta es clara a mi juicio: porque no son iguales que los Estados, y la sociedad internacional se ha articulado y creado sobre la base de estos últimos<sup>28</sup>.

<sup>23</sup> A este respecto, cfr. A/CONF.216.2, *provisional rules of procedure of the United Nations Conference on Sustainable Development*, cuya regla 64 establece: "Non-governmental organizations accredited to participate in the Conference may designate representatives to sit as observers at public meetings of the Conference and the Main Committees 2 Upon the invitation of the presiding officer of the body concerned and subject to the approval of that body, such observers may make oral statements on questions in which they have special competence. If the number of requests to speak is too large, the non-governmental organizations shall be requested to form themselves into constituencies, such constituencies to speak through spokes-persons."

<sup>24</sup> Cfr. *Report of the Seventy Sixth Conference*, Washington 2014, párrafo 55.

<sup>25</sup> Cfr. H. THIRLWAY, "Non-State Actors: A response to Professor Ryngaert", *Netherlands International Law Review*, vol. 64, 2017, 1, pp. 141-153, p. 146.

<sup>26</sup> A este respecto, la Comisión de Derecho Internacional señala en torno a esta cuestión lo siguiente: "1. The requirement, as a constituent element of customary International law, of a general practice means that it is primarily the practice of States that contributes to the formation, or expression, of rules of customary international law. 2. In certain cases, the practice of international organizations also contributes to the formation, or expression, of rules of customary international law. 3. Conduct of other actors is not practice that contributes to the formation, or expression, of rules of customary international law, but may be relevant when assessing the practice referred to in paragraphs 1 and 2. Cfr. International Law Commission, Sixty-eight session, *Identification of customary international law*, UN Doc. A/CN.4/L.872, Part Three, Draft conclusion 4(5), de 30 de mayo de 2016. Para más detalles, cfr. S.D. MURPHY, "Current Developments: Identification of Customary International Law and Other Topics: The Sixty-Seventh Session of the International Law Commission", *American Journal of International Law*, vol. 109, 2015, n.º. 4, pp. 822-844.

<sup>27</sup> Sobre estos aspectos, cfr. P. JACOB, F. LATTY y A. DE NANTEUIL, "Arbitrage transnational et droit international général (2016)", *Annuaire français de droit international*, vol. LXII, 2016, pp. 587-650, pp. 605-608.

<sup>28</sup> Para más detalles, cfr. R. RANJEVA, "Les organisations non-gouvernementales et la mise en oeuvre du droit international", *Recueil des Cours*, T-270, 1997, pp. 9-105, p. 91 y ss. Sin embargo, este mismo autor sostiene que esto no quiere decir que,



**10.** Todo esto tiene un fiel reflejo en las obligaciones de los actores no estatales, pues todo “derecho” acarrea unas obligaciones. Por lo tanto, si los actores no estatales no tienen los mismos derechos que los Estados, sus obligaciones a nivel internacional también serán distintas. Por ejemplo, nadie se plantea exigir responsabilidad internacional al Daesh (ISIS, según las siglas en inglés) por sus asesinatos, violaciones y otros delitos graves cometidos en los últimos años, sin contar con los ataques terroristas, pura y simplemente porque no es un Estado<sup>29</sup>, pero tampoco es una empresa transnacional legalmente constituida en un Estado, en cuyo caso sería este último el responsable. Algo similar ocurriría con Hezbollah o Hamás, así como en España con ETA. Esta cuestión se plantea de una forma compleja también con las empresas transnacionales, aunque como veremos más tarde, hay autores que dudan de que estas empresas puedan ser destinatarias de todo el cuerpo jurídico internacional en materia de derechos humanos, ya que la concepción vertical de esta materia no trae consigo que solo sean los Estados los destinatarios directos de estas obligaciones<sup>30</sup>. Esto no implica que los Estados se desentiendan del tema, sino que tienen que asegurarse de que estos derechos se protejan dentro de su jurisdicción por estos actores no estatales. Tomando en consideración estos elementos, surge la cuestión de saber si en el sistema jurídico internacional cabe la posibilidad de ir abriendo un nuevo enfoque integrador y realista para que los actores no estatales vayan teniendo cada vez un papel mayor que desempeñar<sup>31</sup>. Sin embargo, tras esta cuestión surgen una serie de problemas dada la complejidad que cada uno de estos actores encierra, así como su desigualdad. No es lo mismo una de las grandes empresas transnacionales cuya cifra de negocios supera al PNB de más de cincuenta Estados, que una ONG internacional de tamaño reducido. Pero es que, además, la lucha que en muchos casos mantienen estos actores entre sí es muy importante, como por ejemplo las ONG’s ecologistas y las grandes empresas transnacionales que explotan los hidrocarburos. Además, se plantea la cuestión de cómo ampliar su papel a nivel internacional en un ámbito dominado por los Estados<sup>32</sup> ¿A nivel de simples consultas? ¿Integrándolos más en el sistema jurisdiccional internacional? Lo primero quizás sería deseable, pero lo segundo es evidentemente muy problemático, pues afectaría a los pilares fundamentales del sistema jurídico internacional, y muchos Estados se opondrían invocando, como es normal, su soberanía. Y es que conviene siempre tener presente que son los Estados, los que crean las normas y los que tienen la obligación de aplicarlas y de garantizar que se apliquen por los actores no estatales. Es más, cualquier cambio que se lleve a cabo en esta materia debe ser aceptado y aprobado por los Estados a través de los diversos procedimientos previstos en cada materia.

**11.** Tampoco han faltado autores que han pensado que esta ausencia de participación, sobre todo en el caso de las empresas transnacionales, en el desarrollo del Derecho internacional puede suponer costes importantes para el sistema jurídico internacional. Pero es que además los códigos de conducta no resuelven ni los problemas económicos ni los políticos en la materia, sino que simplemente se convierten en origen de auténticas controversias jurídicas. Y es que al no dejar participar en el proceso de creación

---

por ejemplo, las ONG’s tengan que ser objeto de represión, al señalar lo siguiente: “Il est alors difficile d’imaginer que les gouvernements puissent accéder à ce souhait. A l’inverse, ces difficultés ne pourraient pas pour autant servir de justification pour une répression sévère des organisations non gouvernementales. Par leur action tribunitienne contre les violations des normes, les organisations non gouvernementales représentent un contrepoids à la puissance des institutions établies et contribuent à la démocratisation tant de la vie politique que des relations internationales. Elles apportent ainsi un vent de liberté et un trait d’humanité”. *Ibid.*, p. 100.

<sup>29</sup> Sobre el Daesh (ISIS), cfr. C. GUTIÉRREZ ESPADA y M. J. CERVELL HORTAL (DIRS.), *El Estado Islámico (DAESH)*, Valencia, Tirant lo Blanch 2018, 503 p. Véase también H. KENEDY, *The Caliphate*, Londres, Pelican, 2016, p. 279, quien dice abiertamente que el concepto de Califato es muy distinto al del Estado, puesto que el fin es establecido por el mundo sin un límite territorial determinado.

<sup>30</sup> Cfr. E. DE BRAVANDERE, “Non-State Actors and Human Rights...”, op. cit., p. 10.

<sup>31</sup> Este es el pensamiento de algún autor, que mirando el futuro preconizan una apertura para dar mayor cabida a los nuevos retos que tiene por delante la sociedad internacional. Tal es el caso de E. U. PETERSMAN, “International Economic Law in the 21st Century. Constitutional Pluralism and Multilateral Governance of Interdependent Public Goods”, Oxford, Hart Publishing, 2012, 540 p. El autor preconiza que hay que superar el orden económico wesfaliano para crear otro orden económico cosmopolita, con el fin de poner la economía al servicio de los derechos humanos, el medio ambiente, etc, en donde el individuo sea considerado como la figura maestra del nuevo orden. Sus ideas son portadoras de un idealismo a día de hoy muy utópico, pero que puede servir como fuente de inspiración para ir mejorándolo.

<sup>32</sup> A este respecto, cfr. R. RANJEVA, “Les organisations non-gouvernementales et la mise en oeuvre du droit international”, op. cit., pp. 9-105.

de normas a los mayores actores económicos fragiliza el sistema, imponiendo así riesgos innecesarios. Es evidente, que si se les permitiera su participación se evitarían estos riesgos, haciendo que ellas mismas se hicieran más corresponsables a la hora de aplicarlas al haber participado en ellas. Existe un precedente ilustrativo como ejemplo, que fue la negociación de la Parte XI del Convenio de las Naciones Unidas sobre el Derecho del Mar, en la que el rechazo a que estas empresas participaran directamente trajo consigo que tuvieran que hacerlo indirectamente, incorporándose en las delegaciones gubernamentales, lo que limitó considerablemente su poder de acción y de control. El acuerdo que se plasmó, estuvo muy lejos de plantear la realidad de los Fondos Marinos y sus dificultades a la hora de explotarlos, información de la que disponían fehacientemente las empresas, y a pesar de exponerlas, no fueron tomadas en consideración lo suficientemente, lo que les permitió presionar con fuerza aquellas negociaciones y socavarlas, logrando en algunos casos que sus gobiernos se opusieran a la adopción de la Convención<sup>33</sup>.

Es más, cerrar el paso a que estas empresas participen en el proceso de creación de normas no solo perjudica a una aplicación eficaz de las normas, sino que también disminuye las posibilidades de su viabilidad a largo plazo, aunque su participación en ese proceso normativo otorga una cierta dosis de realismo a la norma, contribuyendo así a que sea aceptada por las partes. Esto ocurriría también en caso de adopción de códigos de conducta, es decir, normas de “soft-law”. Y es que no hay que olvidar que el Derecho internacional no dispone para la aplicación de sus normas de las mismas herramientas que tienen los sistemas jurídicos internos más avanzados, esto sin contar con que las personas físicas y jurídicas suelen ser más proclives a aplicar las normas internas que las internacionales, al verlas más cercanas.

**12.** Hechas estas consideraciones, es sabido que a las empresas transnacionales se les reconoce, como desarrollaremos más adelante, una cierta personalidad jurídica internacional, y participan en el arreglo de controversias establecidos bien sea por los Estados o en el marco de Organizaciones internacionales. Es más, en muchos casos, asesoran a estas organizaciones cuando sus intereses están en juego, sin olvidar su importante papel en relación con los Estados, influyendo considerablemente en sus decisiones cuando se tratan asuntos internacionales de una cierta entidad. Así las cosas, es cierto que el Estado puede ser visto en el Derecho internacional como si fuera algo inexpugnable, aunque esta percepción varía al considerar algunas teorías defendidas por grandes autores del Derecho internacional y también recientemente por autores de otras disciplinas. En relación con los primeros es sabido que algunos autores han defendido que habría que ignorar la figura de la “ficción jurídica”, arguyendo que si los actores reales son aquellas personas naturales que tienen poder para influir en las decisiones, es irrelevante que la entidad ficticia tenga o no la personalidad internacional<sup>34</sup>. Algo parecido ocurre con las empresas transnacionales, pues sus representantes han estado siempre, y lo seguirán haciendo, participando en el sistema jurídico internacional. Pero en materia de creación de normas internacionales no conviene perder de vista que tanto la codificación de la práctica consuetudinaria internacional, como la creación de nuevas normas pueden presentar riesgos para el Derecho internacional, algo que ya apuntó Kelsen en su momento<sup>35</sup>. Kelsen identificó dos límites existentes en cualquier sistema jurídico: el superior y el inferior. El superior se alcanza cuando el Derecho rige tan absolutamente la conducta de sus sujetos que le lleva a desaparecer, al no tener ya valor normativo. En el caso del límite inferior se produce cuando las violaciones son tan numerosas que su valor normativo se va perdiendo y al final se desvanece. En general, en el Derecho internacional las normas tienden a aproximarse al límite superior, pero este no suele ser el caso en el ámbito económico, en donde la necesidad de cambiar las normas es tan fuerte que empuja el sistema hacia el límite inferior.

<sup>33</sup> Sobre estos aspectos, cfr. J. CHARNEY, “Transnational Corporation and Developing Public International Law”, op. cit., p. 754.

<sup>34</sup> A este respecto, Kelsen fue uno de estos autores que defendió esta teoría, al indicar que “The State, as a subject of international law, is in fact simply a juristic person... Thus, when international law obligates and authorizes States..., it means that international law obligates and authorizes these human individual, who are States organs... When International Law imposes upon a State (an) obligation... it its determined only what ought to be done in the name of one State and what may be done in the name of other”. Cfr. H. KELSEN, *General Theory of Law and State*, 1945, Cambridge, Harvard University Press, 1945, 516 p., pp. 342-343. Véase también, J. J. LADOR-LEDERER, *International Non-Governmental Organizations and Economic Entities: A Study in Autonomous Organization and “jus gentium”*, Leyden, Sijthoff, 1963, p. 21.

<sup>35</sup> H. KELSEN, *Allgemeine Staatslehre*, Berlin, J. Springer, 1925, 433 p.

En relación con los autores de otras disciplinas, como es el caso de las de Relaciones Internacionales, se ha señalado últimamente que es cierto que el territorio del Estado ha sido utilizado por las élites políticas como un medio para salvaguardar sus intereses y objetivos que no siempre, o en raras ocasiones, representan los deseos del pueblo de ese territorio<sup>36</sup>. Esto no impide, sin embargo, que el Estado sea un actor privilegiado a nivel internacional, y que esas relaciones internacionales *stricto sensu* sigan estando en manos de los Estados. Así las cosas, no es extraño que se den cambios importantes en la estructura de algunos Estados, como ha sido el caso de la antigua Yugoslavia o de la URSS, y movimientos políticos en ciertos territorios de Estados europeos que propugnan la creación de nuevos Estados. Y lo hacen porque son conscientes de lo que representan ser un Estado, aunque sea creando un Estado fallido. Pero también estos movimientos están nutridos de élites que arrastran al pueblo sin que estos sean conscientes de los mensajes lanzados por sus promotores, en muchos casos engañosos, y mucho menos de su alcance. Es lo que Bogdan Ivanel denomina “Puppet States”, una figura en la que pueden entrar Chipre del Norte, Transnistria, Osetia del Sur, etc, pero que se puede también extender a diversos movimientos que se están desarrollando en suelo europeo y cuyo objetivo es crear un Estado sin saber muy bien ni cómo, ni las consecuencias que puede tener esa alternativa. Esto demuestra claramente que el “Estado” sigue siendo algo añorado, aunque luego no siempre responda a los objetivos para los que se creó. Sin embargo, hay actores no estatales, como las empresas transnacionales que no se plantean ni soñando la creación de un Estado en un determinado territorio, al menos actualmente<sup>37</sup>. Las empresas prefieren practicar el “lobbying” y utilizar otros actores para conseguir sus objetivos, que no siempre están reñidos con los de los Estados, a pesar de que se recurre a mucha retórica para señalar lo contrario.

**13.** Es evidente que muchas reivindicaciones que se plantean en torno a los actores no estatales son sobre todo meras exhortaciones para ampliar en el ámbito internacional sus posibilidades de influencia tanto a nivel jurídico como político, aunque todo esto es *de lege ferenda*. Esto no quiere decir, sin embargo, que no se puedan tomar en consideración algunas de sus aspiraciones para responder mejor a las nuevas necesidades funcionales que han ido surgiendo en la sociedad internacional, como ha ocurrido con la creación de las organizaciones internacionales intergubernamentales. Esto no implica en absoluto modificar la actual estructura de la sociedad internacional, que es básicamente interestatal, y lo seguirá siendo en las próximas décadas. No obstante, es cierto que se están planteando nuevos retos a los que conviene dar una respuesta jurídica con el fin de que la misma sociedad internacional sea más segura. Este problema se ha visto con el Daesh, y durante la crisis financiera internacional con la regulación bancaria y financiera internacional que, al margen de algunos acuerdos internacionales en

---

<sup>36</sup> A este respecto, cfr. C. RYNGAERT, “Non-State Actors in International Law: A Rejoinder to Professor Thirlway”, *Netherlands International Law Review*, vol. 64 2017, n.º1 pp. 155-162, p. 156, donde afirma que: “The territorial state is ultimately a means of political technology which advances the self-serving goals of particular actors (elites) which do not necessarily represent the wishes of the people ‘trapped’ in a state’s territory. Non-democratic, autocratic states may serve as proof thereof, but more fundamentally, from a historical perspective, the very rise of the territorial state in the early modern period points to the existence of prior, alternative forms of regulation that could be non-territorial or non-state based”. En el ámbito de las Relaciones Internacionales este concepto ha sido criticado desde el punto de vista geográfico por J. AGNEW, “The Territorial Trap: The Geographical Assumptions of International Relations Theory”, *Review of International Political Economy*, vol. 1 1994, pp. 53-80, bajo el prisma de los tres elementos siguientes: “The first assumption, and the one that is most fundamental theoretically, is the reification of state territorial spaces as fixed units of secure sovereign spaces. The second is de division of the domestic from the foreign. The third geographical assumption is of the territorial state as existing prior to and a container society”. Este autor ha continuado con este tema en estudios posteriores como, “Still Trapped in Territory?”, *Geopolitics*, 2010 (4), pp. 779-784. También desde otras disciplinas, como la sociología, se ha abordado este tema, como N. SHAH, “The Territorial Trap of the Territorial Trap: Global Transformation and the Problem of the States Two Territories”, *International Political Sociology*, March 2012, pp. 57-76. En este estudio se pone de relieve como con la globalización se intenta superar la cuestión territorial, sin que ello se haya conseguido. La consecuencia es “... that overcoming the territorial trap not only requires uncovering how and why territory becomes an assumed political idea, but also how and why this trap produces the subsequent trap of understanding territory primarily as the physical substratum of the sovereign State”.

<sup>37</sup> Sobre esta cuestión se ha hablado mucho de Liberia, como que fue creado por una empresa multinacional, aunque nada más lejos de la realidad. La concesión de una plantación de caucho a la empresa Firestone data de 1924, cuando el país se creó el 26 de julio de 1847 por los colonos estadounidenses de color que volvieron a su tierra y la consideraron como su tierra prometida. Por lo tanto, no fue la empresa Firestone el origen de este país africano, aunque económicamente representara después un peso económico clave.

la materia, suele ser privada. Esto sin contar con las empresas transnacionales, a las que dedicamos las próximas páginas.

#### IV. Complejidad de las empresas transnacionales y su evolución

14. La participación de las empresas transnacionales en el proceso de adopción de decisiones, así como de la denominada sociedad civil, no es nuevo, y revela una preocupación en el seno del mundo económico sobre todo en cómo se va a delimitar esa participación, así como su alcance. No hay que olvidar que ya el 18 de julio de 1996, el Consejo General de la Organización Mundial del Comercio (OMC), adoptó una serie de directrices clarificando el marco de relaciones con las ONG's, reconociendo que estas organizaciones privadas podrían desempeñar un buen papel a la hora de incrementar la conciencia social en relación con las actividades de la OMC. En consecuencia, la participación de esta sociedad civil en las actividades de la OMC fue en general bien acogida, aunque el tema más problemático estaba relacionado con la cuestión de saber hasta dónde podía o debía ir esa participación. Sobre este aspecto existe una división entre aquellos países, en general los desarrollados, más acostumbrados a implicar a la sociedad civil en el proceso nacional de decisiones, y los países en desarrollo que en general se mostraban mucho más dubitativos a la hora de incorporar a esas grandes ONG's en los procesos de adopción de decisiones a nivel internacional, como la WWF, Oxfam o Amnistía Internacional. Por eso, el reto era hacerles comprender que también había ONG's que incluían asociaciones profesionales, como los sindicatos o las asociaciones industriales que podían ser muy útiles para todos al poder aportar información, conocimientos y estudios de prospectiva que muchos Estados no tenían. Por ejemplo, no es lo mismo Oxfam que el Consejo Europeo de la Industria Química (CEFIC), que es la principal asociación comercial europea para la industria química. Fundada ya en 1959, su sede está en Bruselas, y ha continuado llevando a cabo sus actividades desde entonces a pesar de la creación de la Unión Europea y todo lo que esta implica<sup>38</sup>. Además, esto introduciría unos elementos de legitimidad importante<sup>39</sup>.

15. Desde hace ya varias décadas se viene estudiando con relativa asiduidad el papel fundamental que representan las empresas "transnacionales"<sup>40</sup>, aunque este fenómeno no es en realidad nada novedoso. No conviene olvidarse de la impronta de los Médicis o los Fugger aunque el gran desarrollo empezó tras la Segunda Guerra Mundial<sup>41</sup>. Como se sabe, en la actualidad las empresas son las grandes protagonistas en el mundo de las relaciones económicas internacionales y la sociedad económica inter-

<sup>38</sup> Esta asociación representa 29.000 empresas químicas europeas grandes, medianas y pequeñas, y su función es relacionarlas a nivel internacional y con las Instituciones europeas.

<sup>39</sup> Para más detalles sobre esta cuestión, cfr. P. VAN DEN BOSSCHE y I. ALEXOVILOVÁ, "Effective Global Economic Governance by the World Trade Organization", *Journal of International Economic Law*, vol. 8, 2005, n° 3, pp. 667-690, especialmente, pp. 680-683.

<sup>40</sup> Como se sabe, también ha sido muy común recurrir al término de "multinacionales" para referirse a estas empresas, término que ha sido, a pesar de los inconvenientes que presenta, el más utilizado. Una prueba fehaciente de la utilización de ambos términos la encontramos ya en los textos referentes a lo que se denominó en la década de los setenta el "nuevo orden económico internacional" no siempre muy bien comprendido por los jóvenes investigadores, a pesar de que desempeñó un papel importante. Y es que mientras que la Declaración sobre la instauración de un nuevo orden económico internacional [Resolución 3201 (S-VI), del 1 de mayo de 1974] utiliza en su párrafo 8, letra g) la expresión de sociedades (empresas) "multinacionales" la Carta de Derechos y Deberes Económicos de los Estados [Resolución 3281 (XXIX), de 12 de diciembre de 1974] utiliza en su art. 2, apartado 2, letra b) la expresión de sociedades "transnacionales". En el doc. E/AC.6L555, de 25 de julio de 1974, los países latinoamericanos impusieron el término "transnacional", aunque los documentos internacionales continuaron utilizando ambos términos.

<sup>41</sup> El fenómeno transnacional es algo ya muy antiguo. Existió en la Edad Media, continuó después durante los siglos XVII y XVIII, declinando durante los siglos XIX y principios del XX a causa de las doctrinas soberanistas, que excluían otros actores no estatales, aunque durante bastante tiempo eran consideradas como algo perteneciente al entorno del Estado, en el que este ejercía el poder predominante. El tema iba a evolucionar de una forma tal que las empresas van a ir adquiriendo una cierta capacidad de desafío al poder del Estado, o si este no es el caso, al menos sí que van a tener capacidad para crear sinergias que pueden llegar a poner obstáculos al uso del poder del Estado. A este respecto, cfr. J. FIELD y A. WILLIAM, "Transnationalism and the New Tribe", en KEOHANE y NYE (Ed.), *Transnational Relations and World Politics*, Cambridge, Massachusetts, Harvard University Press, 1972, pp. 3-22.

nacional no se entendería sin ellas<sup>42</sup>. No obstante, no conviene olvidar, que no siempre fue así, ya que durante varias décadas fueron el enemigo a abatir por los antiguos países del bloque comunista por considerarlas como pilares del “capitalismo”<sup>43</sup>, mientras que en los países surgidos tras la descolonización, su desconfianza era casi total, al verlas como un peligro para su soberanía.

En nuestra opinión, la terminología más correcta es la de “empresa transnacional”, por las dos razones siguientes. La primera es que el término “empresa” es más amplio que el de “sociedad” o que el término inglés de “corporation”. Asimismo conviene tener presente que una empresa puede pertenecer a un individuo o a una familia sin que forzosamente tenga que dotarse de una forma jurídica o social determinada. La segunda es que el término “multinacional” puede ser confuso en el sentido de que la composición de la dirección general de tales empresas es también multinacional, cosa que no suele ocurrir, al dirigir las actividades la casa matriz de una forma transnacional, es decir a través de las fronteras nacionales<sup>44</sup>. A nuestro entender hay que utilizar el término “transnacional” en el sentido dado por Jessup en su conocida obra *Transnational Law*<sup>45</sup>. Y es que este Profesor estadounidense, más tarde Juez de la Corte Internacional de Justicia, comprendió muy pronto, y quizás antes que nadie, lo artificial que resulta separar en estos ámbitos el Derecho internacional público y el privado. Por eso, en su “Derecho transnacional” englobaba todas las actividades de Estados, empresas e individuos que trascienden las fronteras de un Estado, mostrando con claridad la interrelación de todas esas actividades. Y es que para este autor estas relaciones transnacionales no estaban regidas por un nuevo ordenamiento jurídico, sino que algunas estaban regidas por el Derecho internacional, mientras que otras se regían por un Derecho interno o por varios ordenamientos jurídicos internos con los que entraban en contacto.

## V. Las dificultades a la hora de definir la empresa transnacional

16. La polémica en torno a las empresas transnacionales ha estado también presente a la hora de encontrar una definición adecuada, por lo que las definiciones propuestas han sido muy numerosas, aunque no siempre muy adecuadas a sus características. Y es que la doctrina internacionalista, pública y privada, viene ocupándose de estas empresas desde la primera mitad del siglo pasado, aunque el auge informativo tendría lugar en la segunda mitad del precitado siglo<sup>46</sup>. Sin embargo, el liberalismo comercial y económico implantado bajo la dirección de la OMC ha traído consigo que a la luz de la famosa globalización comercial, económica y financiera, estas empresas hayan encontrado un terreno abonado para alzarse con un poder nunca visto hasta ahora, y cuyas consecuencias afectan a diversos ámbitos jurídicos, y no solo a los ya conocidos de Derecho internacional público y Derecho internacional privado, sino también a un mundo de organismos y agencias internacionales de difícil calificación jurídica, así como a los propios sistemas jurídicos internos. Además, si antes se hablaba casi exclusivamente de los choques entre los Estados y las empresas transnacionales, hoy en día ese choque también ha llegado a las Organizaciones internacionales.

<sup>42</sup> Esto ya se apuntaba con gran maestría en la obra de L. WILDHABER, *Internationalrechtliche Probleme multinationaler Korporationen*. Heidelberg, Karlsruhe, Müller, 1978, 496 p.

<sup>43</sup> Esto a pesar de que las organizaciones comerciales de los antiguos países denominados socialistas poseían también las características de estas empresas. A este respecto, cfr. *Rapport du Groupe de personnalités: Effets des sociétés multinationales sur le développement et sur les relations internationales*, doc E/5500/Rév. 1, y ST/ESA/6, Naciones Unidas, 1975, p. 6.

<sup>44</sup> Cfr. J. FIELD y A. WILLIAM, “Transnational and the New Tribe”, op. cit. Véase también *L’entreprise multinationale face au droit*. Obra dirigida por Berthold Goldman y Ph. Frances Kakis, Paris, LGDJ, 1977, pp. 44-71.

<sup>45</sup> Cfr. PH. JESSUP, *Transnational Law*, New Haven, Yale University Press, 1956, 113 p.

<sup>46</sup> Un ejemplo de esto que acabamos de afirmar son los numerosos cursos que se dedicaron a este tema en la Academia de Derecho internacional de La Haya. A este respecto, cfr. J. E. ALVAREZ, “The public international law regime governing international investment”, *Recueil des Cours*, T. 344, 2011, pp. 193-541; W. J. DAVEY, “Non –discrimination in the World Trade Organization”, *Recueil des Cours*, de l’Académie de Droit International de La Haye, T. 354, 2012, pp. 183 – 440; G. GAJA, “The protection of general interest on the international community. General course on public international law”, *Recueil des Cours*, T. 364, 2014, pp. 9-185; CH. DOMINICÉ, “La société internationale à la recherche de son équilibre. Cours général de droit international public”, *Recueil des Cours*, T. 370, 2015, pp. 9-392; E. BENVENISTI, “The Law of global governance”, *Recueil des Cours*, T. 368, 2014, pp. 47-279; M. J. BONELL, “The law governing international commercial contracts”, *Recueil des Cours*, T. 388, 2018, pp. 9-47 ; y F. MARRELLA, “Protection internationale de droits de l’homme et activités de sociétés transnationales”, op. cit., pp. 48-49.

17. La globalización ha sido considerada como una especie de estandarte de la libertad, interconectando lo nacional con lo internacional, requiriendo nuevas formas de gobernanza y de regulación. Este fue el objetivo del “Mini-Symposium on Multilevel Governance of Interdependent Public Goods”, en el que Erns-Ulrich Petersman indica que,

*“Globalization has entailed not only more freedoms than citizens have ever enjoyed; it also continues to make peoples’ lives ever more interconnected and ‘public’ (e.g. through the internet). In the process, local and national goods are increasingly transformed into international public goods, thereby requiring new forms of governance, regulation, and justification. The more these new private and public spheres (e.g. of globally integrated financial markets) lack adequate regulation and provoke systemic crises...”*<sup>47</sup>.

Para este autor, la crisis financiera de 2008, la crisis de deuda europea desde 2010, los incumplimientos de la Ronda de Doha y de las negociaciones sobre el cambio climático a nivel medioambiental, así como la pobreza de mil millones de personas en 2012 son cosas conocidas por todos que revelan los errores sistémicos del sistema westfaliano<sup>48</sup>. En estas circunstancias, resulta casi misión imposible encontrar una definición general y aceptada como tal a nivel universal; de ahí el numeroso elenco de definiciones que se pueden encontrar tanto en ciertos organismos internacionales, como a nivel doctrinal. Entre las definiciones más relevantes conviene apuntar que el Instituto de Derecho Internacional (IDI) ya abordó esta cuestión en su sesión de Roma, en donde el genial profesor Goldman sistematizó, el 7 de septiembre de 1973<sup>49</sup>, las eventuales definiciones de estas empresas conforme a los siguientes criterios: a) definiciones “operacionales” que ponen especialmente el énfasis en el hecho de que las empresas en cuestión ejercen lo esencial de sus actividades en uno o varios países distintos de aquel en que se encuentra su centro de decisión, es decir su casa matriz; b) definiciones “estructurales” referentes a aquellas empresas jurídicamente constituidas por la sociedad madre y por establecimientos o sociedades filiales que se encuentran en uno o en varios países diferentes del de la sede matriz, así como un grupo de sociedades vinculadas entre ellas por diferentes medios, sin que se pueda en realidad designar una de ellas como sociedad o sede matriz; y c) definiciones basadas en la nacionalidad de los dirigentes, e incluso en algunos casos de los detentadores de capitales, cuando estos pertenecen a distintas nacionalidades. El profesor Goldman se decantaba por el tipo de definiciones “estructurales” y ésta ha sido en teoría el que ha encontrado más eco en las Organizaciones internacionales.

Pero para el IDI, la cuestión de estas empresas continuaría estando presente en su sesión de Oslo de 1977, en donde se adoptó una resolución el 7 de septiembre, en la que se enumeran las principales características de estas empresas, análisis que, en general, puede resultar válido a día de hoy<sup>50</sup>. Es, sin embargo, en la sesión que tuvo lugar en Lisboa en 1995 cuando el IDI dará una definición tanto sobre la empresa multinacional, como sobre el concepto de “control”, elemento esencial en la definición<sup>51</sup>. Pero también hay definiciones de estas empresas hechas por Presidentes o Directores que dirigen estas empresas, como la del Presidente del Grupo Industrial Asea Brow Boveri<sup>52</sup>, quien en torno a la globalización, señaló que:

<sup>47</sup> Cfr. “Introduction and Overview: A Research Agenda for Making ‘Global Public Goods Theory’ more Policy Relevant”, *Journal of International Economic Law*, vol. 15, 2012, nº 3, pp. 709–719, p. 710.

<sup>48</sup> *Ibid.*

<sup>49</sup> A este respecto, cfr. Institut de Droit International. Session de Rome, 7 septembre 1973, 2è Commission. *Entreprises multinationales*. Note du rapporteur en but de la réunion du 8 septembre 1973.

<sup>50</sup> Cfr. [www.idi-iiil.org](http://www.idi-iiil.org); Relator Bertold Goldman, Les entreprises multinationales.

<sup>51</sup> El IDI define la empresa multinacional como “... un groupe de sociétés opérant sous un régime de propriété ou de contrôle commun, et dont les membres sont constitués conformément à la loi de plus d’un Etat... S’il n’est pas exclu que des actions de sociétés... puissent appartenir à des détenteurs extérieurs à celle-ci, il reste qu’une caractéristique essentielle... réside dans la non-dispersion des actions des sociétés membres du groupe et dans l’exercice de la direction des sociétés, constituant l’entreprise multinationale par la société mère, soit au moyen d’un contrôle, direct ou indirect, des actions détenues, soit par un autre moyen”. Por otro lado define el concepto de control en los términos siguientes: “‘Contrôle’ est le pouvoir d’exercer une influence décisive sur l’activité d’une société, soit en nommant ses administrateurs ou ses principaux gérants, soit par tout autre moyen: l’entité de contrôle est une société ou une entité qui détient ou exerce le contrôle sur un autre membre du groupe de sociétés qui constitue l’entreprise multinationale. L’entité de contrôle n’est pas nécessairement la société-mère de l’entreprise multinationale.

<sup>52</sup> Como se sabe Brown Boveri & Cil (BBC) era un grupo suizo de ingeniería eléctrica, fundado en 1891 en Baden (Cantón de “Argovit”). Este grupo se especializó en tecnologías de generación de energía eléctrica y en automatización industrial, produciendo motores de corriente continua, alterna, generadores, turbocompresores, etc., y su tecnología se empleó en los sub-

*“Je définirai la globalisation par la liberté pour mon groupe d’investir où il veut, le temps qu’il veut, pour produire ce qu’il veut, en s’approvisionnant et en vendant où il veut, et en ayant supporté le moins de contraintes possibles en matière de droit du travail et de conventions sociales”*<sup>53</sup>

Otras definiciones más sucintas recogen lo esencial de los elementos que reúnen estas empresas, entre las que destacan las dos siguientes. La primera hace referencia expresa a que *“The multinational enterprise is a cluster of corporations of diverse nationality joined together by ties of common ownership and responsive to a common management strategy”*<sup>54</sup>. La segunda nos parece más completas, al tener en cuenta los problemas jurídicos que plantean estas empresas que se pueden calificar *“...como un conjunto de sociedades incorporadas independientemente en varios Estados, y actuando simultáneamente bajo diferentes leyes y jurisdicciones”*<sup>55</sup>. Y si decimos que sólo queremos dar las dos definiciones precitadas es porque hemos llegado a la conclusión de que, a causa de la complejidad que encierran estas empresas, su definición es – en definitiva – casi irrelevante...

## VI. Las empresas transnacionales como actores en la sociedad internacional

18. Desde hace años se viene hablando, sobre todo en el ámbito de las relaciones internacionales, de los actores que configuran e intervienen en dicho campo. Sin embargo, no siempre ha habido consenso a la hora de saber quiénes pueden ser considerados como tales ni tampoco sobre qué ámbitos específicos pueden actuar. Y es que la complejidad de las relaciones internacionales, añadido al “declive” del fenómeno estatal y la reducción importante de su influencia en muchos aspectos de la sociedad internacional, ha venido acompañado al mismo tiempo de un incremento notable de poder de otros actores no estatales al verse capaces de sacar provecho de dicha situación. Ni que decir tiene que entre dichos actores están las empresas transnacionales cuyo poder está más que demostrado tanto frente a los Estados, como frente a los individuos<sup>56</sup>. No es extraño ver cómo los Estados ceden a estas empresas parcelas de poder a cambio de inversiones. Es más, esta cesión de parcelas de poder económico se ha hecho incluso mediante una estrategia de acuerdos y cooperación con el Estado en cuestión, por lo que es en realidad el Estado el que se ha venido “autolimitando”<sup>57</sup>.

En estas circunstancias, no cabe duda de que las empresas transnacionales son auténticos actores de las Relaciones Internacionales, y disponen como medios de acción, según los casos, el control de recursos materiales sustanciales, naturales e intelectuales. Además, se establecen y actúan a través de las fronteras de los Estados con el fin de poder conseguir sus objetivos, llevando a cabo sus actividades al margen de las estructuras estatales, en particular, en todo aquello relacionado con la toma de decisiones y su acción exterior, sin descontar que en algunos casos actúan también en abierta oposición a los gobiernos. Por último, no conviene olvidar que sus intereses no están reñidos, en ocasiones, con aquellos de otros actores, sean empresas o no.

---

marinos alemanes de la Segunda Guerra Mundial. En 1988, se fusionó con la empresa sueca ASEA, dando así lugar al Grupo Asea Brown Boveri (Grupo ABB), cuya sede central está en Zúrich. La empresa opera en unos cien países.

<sup>53</sup> F. MARRELLA, “Protection internationale des droits de l’homme et activités des sociétés transnationales”, op. cit., p. 52 y D. HOMAN, *Mondialisation excluant, nouvelles solidarités: soumettre ou démettre la OMC*, Paris, L’Harmattan, 2001, 155 p.

<sup>54</sup> F. VAGTS DETLEV, “The Multinational Enterprise: A New Challenge for Transnational Law”, *Harvard Law Review*, vol. 83, 1969/1970, pp. 745-746.

<sup>55</sup> E. WHITE y C. CORREA, “El control de las empresas transnacionales y la Carta de Derechos y Deberes Económicos de los Estados”, en J. CASTAÑEDA, *Derecho económico internacional*, México, Fondo de Cultura Económica, 1976, p. 177. Para otras definiciones, véase el Informe titulado *Les sociétés multinationales et le développement mondial...*, annexe II. Ver también M. SÁNCHEZ AYUSO, *Reflexiones sobre sociedades multinacionales y estabilización económica*, Universidad de Valencia, lección inaugural del curso 1973-1974. Para este autor, estas empresas son “sociedades que poseen, como mínimo, una filial en otro país”, *Ibid.*, p. 12.

<sup>56</sup> Como se sabe otros importantes actores son, aparte del Estado, las Organizaciones internacionales, las ONG’s e incluso el individuo. Sobre las ONG’s, cfr. M. ABAD CASTELOS, *¿Una alternativa solidaria frente a la barbarie? Las ONG’s en la nueva sociedad global*, Madrid, Cideal, 2004. De todas formas, cada vez más este elenco de actores se va ampliando al hilo del desarrollo y del papel que la llamada sociedad civil va teniendo a nivel internacional.

<sup>57</sup> A este respecto, cfr. L. PÉREZ-PRAT DURBÁN, *Sociedad civil y Derecho internacional*, Valencia, Tirant lo Blanch, 2004, 460 p., pp. 89 y ss.

19. Ante esta realidad, surge de nuevo el debate si las empresas, a pesar del peso y poder que representan en la esfera de las relaciones internacionales, son actores autónomos e independientes o si, por el contrario, son actores dependientes y subsidiarios de los Estados. Esta última tesis fue defendida en su momento tanto en algunos informes onusianos<sup>58</sup> como por parte de varios autores<sup>59</sup>, aunque con el tiempo pronto se ha visto que estas empresas son actores autónomos e independientes, ya que el papel y las funciones que desempeñan en la actualidad en el sistema internacional ha cambiado considerablemente, al poder elaborar su propia política casi sin cortapisas, consiguiendo sus objetivos mediante su enfoque y poder transnacional. A este respecto, hay que reseñar que la creación de la OMC, y la globalización comercial, económica y financiera, cuyos resultados los tenemos hoy en día más evidentes que nunca, con la liberalización como estandarte, han contribuido considerablemente a una expansión nunca vista anteriormente de estas empresas<sup>60</sup>. Y es que no hay que olvidar, como bien apunta la Profesora Esther Barbé, que las empresas transnacionales son un instrumento de la globalización, ya que en buena medida son ellas las que organizan y programan la producción mundial<sup>61</sup>.

Sin duda, la creación de la OMC ha supuesto cambios sustanciales en el ámbito del Derecho internacional, y no solo ya en el Derecho internacional económico<sup>62</sup>. Estos cambios han sido profundos y rápidos, como requería la “globalización”, pero además ha habido también cambios importantes en la gobernanza de las instituciones, sin olvidar un notable incremento de las actividades no gubernamentales, como ha sido el caso de las empresas transnacionales<sup>63</sup>. Conviene también apuntar que este tema de la globalización no se quedó solo en la OMC como algo puramente económico, sino que va más allá trascendiendo su alcance a otros foros y organizaciones internacionales, como es el caso de las propias Naciones Unidas. Significativo a este respecto son las palabras que pronunció el por entonces Secretario General de esta Organización, en abril del año 2000, a la hora de presentar el Informe de las Naciones Unidas sobre el Milenio a la Asamblea General, señalando que:

“... *The overarching challenge of our times is to make globalization mean more than bigger markets. To make a success of this great upheaval, we must learn to govern better, and-above all-how to govern better together. We need to make our States stronger and more effective at the national level. And we need to get them working together on global issues, all pulling their weight and all having their say*”<sup>64</sup>

La globalización no ha estado exenta de acerbos críticas por parte sobre todo de algunas ONG’s, al considerar que en algunos casos puede aumentar la pobreza. Oxfam, por ejemplo, ha sido una de las que ha levantado más la voz, sin ser por supuesto la única<sup>65</sup>. Pero a pesar de que la OMC se haya

<sup>58</sup> A este respecto, cfr. *Effets des sociétés multinationales sur le développement et sur les relations internationales*, doc E/5500, rev. 1 ST/ESA/6, Naciones Unidas, Nueva York, 1974, pp. 27 y 50.

<sup>59</sup> Cfr. PH. BARRET, *Empresas multinacionales y división internacional del trabajo*, Salamanca, Sígueme, 1977, pp. 54-55; y A. TRUYOL Y SERRA, *La sociedad internacional*, Madrid, Alianza, 1977, 2ª ed., pp. 128 y ss.

<sup>60</sup> Sobre esta cuestión, cfr. C. D. WALLACE, *The Multinational Enterprise and Legal Control. Host State Sovereignty in an Era of Economic Globalization*, Leiden, Martinus Nijhoff, 2002.

<sup>61</sup> De esta autora, cfr. *Relaciones internacionales*, Madrid, Tecnos, 2ª edición, 2003, p. 197.

<sup>62</sup> Para un estudio sobre el papel de la OMC en la globalización. Cfr. P. VAN DEN BOSSCHE, y I. ALEXOVICOVA, “Effective Global Economic Governance by the World Trade Organisation”, op. cit., pp. 667-690. Para estos autores, pocos acontecimientos han sido tan deseados, aunque al mismo tiempo tan controvertidos como ha sido la globalización económica. Pero si los beneficios potenciales de la globalización son considerables, estos beneficios no serán del todo aprovechados hasta que no se regule cuidadosamente la gestión y la regulación de este proceso.

<sup>63</sup> Esta situación es expuesta sin rubor de ningún tipo por John A. Jackson, al considerar que “The last decade or so of the twentieth century and the first of the twenty-first century may not be the most challenging period for the generally accepted assumptions of International Law, but this period will certainly rank high on any such list. The growing depth, speed of change and adjustment required by ‘globalization’ accompanied by striking changes in government institutions, a remarkable increase in non-government activity and advocacy, an intense emphasis on market economic ideas and a backlash against them, have all chipped away at the relatively fragile (perhaps already rumbling) theoretical foundations of the International legal system as it has been generally accepted for centuries”. De este autor, cfr. *Sovereignty, the WTO, and Changing Fundamental, of International Law*, Cambridge, Cambridge University Press, 2006, p. 3.

<sup>64</sup> Cfr. *UN Press Release*, SG/SM/7343 GA (4705, 3 April 2000).

<sup>65</sup> Sobre esta cuestión, ver, por ejemplo, G. DE JONQUIÈRES, “Prime Target for Protest”, *Financial Times*, 24 September 1999. Este autor señala que la OMC es “patológicamente secretista, conspiradora e inexplicable para los Estados y sus electores”. Estas críticas continúan por parte de algunas ONG’s hoy en día, aunque quizás se hayan mitigado un poco.



convertido en una especie de “the potential to become a key pillar of globalization”<sup>66</sup>, otras organizaciones, como las de Bretton-Woods, o incluso la OIT, van a desempeñar un papel muy importante en la globalización, algo que ya señaló Joseph Stiglitz<sup>67</sup>, y que se ha visto claramente con la pasada crisis financiera internacional. Y es que la interdependencia que existen entre estas Organizaciones hace que se interrelacionen en muchos aspectos. Sin embargo, todo esto no ha impedido que muchos Estados hayan continuado estando aferrados a la teoría del concepto de Estado-nación, que no deja de ser a menudo disfuncional en la actual sociedad internacional<sup>68</sup>, ya que tienen que hacer frente a una serie de retos y dificultades que no son solo de índole económica *stricto sensu*, como la falta de seguridad, corrupción, falta de libertades, etc.

20. Basta con comparar el sistema comercial, económico y financiero de los años setenta y ochenta con el que tenemos en la actualidad, para apercibirnos de los elementos siguientes. Hace tan sólo unas décadas,<sup>69</sup> la economía mundial estaba en buena parte centrada ya en el mercado, pero dominada por los Estados, de forma que las empresas transnacionales no podían cambiar ni los mecanismos ni el engranaje del sistema económico internacional, por lo que sólo tocaban accesoriamente a la preponderancia estatal. En esas circunstancias, la empresa transnacional parecía ser una especie de agente económico del centro de decisión estatal. Todo esto ha ido, sin embargo, cambiando poco a poco, y en los últimos tiempos, se puede hablar ya de unas tres décadas, estas empresas han invadido todos los sectores importantes de producción y de servicios, constituyéndose en centros internacionales de decisión y con capacidad para poder establecerse a escala mundial al margen de los Estados<sup>70</sup>. Si antes estos actores no entorpecían la acción estatal, estando en gran medida bajo el control de los Estados, ahora se han vuelto incontrolables, pudiendo desafiar al sistema en su conjunto e incluso supeditarlos a sus intereses.

Ni que decir tiene que algo de esto ha ocurrido durante la actual crisis financiera, en la que los intereses en juego eran tan importantes, de forma que se ha tenido que venir en ayuda de algunas de estas empresas para intentar salvar el sistema<sup>71</sup>. Y es que estas empresas eran tan importantes para los sistemas económicos de algunos Estados que estos han tenido que venir en su ayuda para salvar los muebles que quedaban. Desde esta perspectiva, ya se sabe que el fenómeno de la concentración de estas empresas en los últimos años ha sido estremecedor de forma que, a pesar de que se hable de liberalismo económico y de libre mercado, lo que tenemos en realidad son grandes oligopolios en muchos sectores económicos y financieros a nivel mundial. A este respecto, conviene apuntar un dato relevante, como es la existencia

<sup>66</sup> Expresión utilizada por M.C. BRONKERS, “More Power to the WTO”, *Journal of International Economic Law*, vol. 4, 2001, n.º 1, pp. 1-41, p. 41, quien señala además que “... Whether one likes it or not, more and more issues can no longer be resolved domestically and if domestic measures are taken, they easily create conflicts with other jurisdictions... Examples are manifold health measures taken in one country can provoke anger in another country, even if these health measures do not discriminate between local and foreign goods... Fisheries practices of one country create environmental or economic concerns in other countries”, etc.

<sup>67</sup> A este respecto, este Premio Nobel de Economía, afirmaba que “...we have system that might be called global governance without global government, one in which a few institutions—the World Bank, the IMF, the WTO—and a few players—the finance, commerce, and trade ministries, closely linked to certain financial and commercial interests—dominate the scene, but in which those affected by their decisions are left almost voiceless. It’s time to change some of the rules governing the international economic order, to think once again about how decisions get made at the international level—and in whose interests—and to place less emphasis on ideology and to look more at what works”. J.E. STIGLITZ, “Global Public Goods and Global finance: Does global governance ensure that the Global Public Interest is served?”, en J.P. TOUFFLUT (Ed.), *Advancing Public Goods*, Paris, Edward Elgar Publishing, 2006, pp. 149-154, p. 149. Véase también de este autor, *The Future of Global Governance*, Initiative for Policy Dialogue, Working Paper Series, Task Force on Global Governance, 2004, 16 p.

<sup>68</sup> Cfr. J.H. JACKSON, “International Economic Law: Complexity and Puzzles”, *Journal of International Economic Law*, vol. 10, 2007, n.º 1 pp. 3-12, pp. 8-10.

<sup>69</sup> A este respecto, cfr. PH. LAURENT, “Les sociétés transnationales et les pays en voie de développement”, *Revue Projet*, n.º 105, 1976, pp. 509-530.

<sup>70</sup> Esta situación nos recuerda la que señaló Mohammed Bedjaoui en 1979, cuando comparó a las empresas transnacionales con las “compagnies à charte” de los siglos XVI, XVII e incluso XIX. Cfr. *Pour un nouvel ordre économique international*, UNESCO, 1979, p. 32.

<sup>71</sup> Como se sabe, la crisis financiera suscitó también ciertas críticas a las instituciones de Bretton-Woods. A este respecto, cfr. H.R. TORRES, “Reforming the International Monetary Fund-Why its Legitimacy is at Stake”, *Journal of International Economic Law*, vol. 10 2007, n.º 3, pp. 443-460; F.J. GARCÍA, “Global Justice and the Bretton-Woods Institutions”, *Journal of International Economic Law*, vol. 10 2007, n.º 3, pp. 461-481.

de grandes empresas transnacionales en varios países denominados ahora “emergentes”, entre los que hay que citar China y la India, pero también Brasil, México y en el ámbito de los recursos energéticos especialmente, Rusia.

21. La globalización ha constituido un elemento sumamente importante<sup>72</sup> para que las empresas transnacionales se pudieran abrir más al ámbito internacional<sup>73</sup>. Las empresas pueden desempeñar, y lo han hecho, un papel determinante en la organización de los intercambios comerciales, y no solo recurriendo a la ya conocida deslocalización de su producción<sup>74</sup>, o a la subcontratación, sino recurriendo a lo que se ha denominado la segmentación<sup>75</sup> que consta de tres variables.

La primera es el “comercio cautivo”, que se efectúa al interior de cada empresa por los intercambios de sus filiales con la sociedad matriz. Este volumen se calcula que representa un tercio del comercio mundial aproximadamente, como por ejemplo es el caso de las exportaciones en la Unión Europea, un poco más incluso en el caso de los Estados Unidos e incluso llega hasta la mitad en el caso de algunos países emergentes como Brasil o México. Aunque este comercio está registrado como intercambios internacionales, ya que traspasan las fronteras, en realidad se hacen en el seno de una empresa determinada. Esto requiere evidentemente una estrategia y una estructuración predeterminada en el seno de cada empresa<sup>76</sup>, permitiendo así que estos flujos no dependan de la oferta y la demanda, es decir, no son precios de mercado lo que acarrea que los beneficios obtenidos se redistribuyan entre las filiales extranjeras y la sociedad matriz, o incluso hacia un “holding” situado en un paraíso fiscal. Estos precios de transferencia son fijados discrecionalmente por las empresas, imponiendo una sobrefacturación a los productos y servicios que transfiere la sociedad matriz a sus filiales, mientras que a estas se les impone una subfacturación en sus ventas a la sociedad matriz, reduciendo así las cargas fiscales de las sociedades matrices. Como ya se ha señalado, en ninguna otra faceta del comercio internacional, el papel de las empresas transnacionales ha sido tan importante en la organización de los intercambios comerciales internacionales como en este<sup>77</sup>.

La segunda hace referencia al comercio mundial que llevan a cabo las empresas transnacionales con empresas nacionales, y aquí los intercambios se llevan a cabo según la oferta y la demanda de cada producto. Sin embargo, en esta clase de situaciones el mercado es “imperfecto”, pues las empresas transnacionales se sitúan o bien en posición de “oligopolio” o de “oligopsonio”<sup>78</sup>. Son conocidos los oligopolios en casos como los mercados agrícolas desde hace ya mucho tiempo, así como los efectos que han tenido en la volatilidad de los precios de los productos alimenticios en 2007/2008, por ejemplo, pero ocurre también en algunos productos minerales básicos como el cobre y el estaño, y últimamente en el comercio de los ordenadores, etc. Sin embargo, en este caso las empresas transnacionales no controlan este comercio porque no lo interiorizan, aunque se lleva a cabo sin competencia internacional.

La tercera variable consiste en reconocer que un tercio del comercio internacional se realiza sin participación de empresas transnacionales, al llevarse a cabo entre empresas nacionales de un país y de otro. Es evidente que estas empresas no suelen ser de gran dimensión y llevan a cabo su comercio en

<sup>72</sup> J.L. MUECHIELI, *La mondialisation 2008-2009 (Chocs et mesures)*, Paris, Hachette, 2008, 330 p. Este autor expone de una forma clara y precisa los choques que supone la actual mundialización tanto sobre el individuo como sobre los intercambios comerciales sobre el mercado de capitales, sin olvidar los tecnológicos. Pero no traza solo la actual mundialización, sino las anteriores, como la mediterránea, la atlántica en 1492 con el descubrimiento de América, las revoluciones industriales, etc.

<sup>73</sup> H. GHERARI y T. KERBRAT (Dir.), *L'entreprise dans la société internationale*, Paris, Pedone, 2010, 240 p.

<sup>74</sup> L. FONTGNÉ, y J.H. LORENZI, *Désindustrialisation, délocalisation*, Paris, La Documentation Française, 2005, 400 p. ; R. M, LEMESLE, “La délocalisation off-shore. Que sais-je?”, Paris, PUF, 1995, 127 p.; F. LUENGO ESCALONILLA (Ed.), “Deslocalizaciones empresariales en la Unión Europea: Impacto sobre el mercado interior, escenarios y estrategias”, Madrid, Universidad Complutense de Madrid, 2009; y “Las deslocalizaciones internacionales. Una visión desde la economía crítica”, Documentos de Trabajo, Instituto Complutense de Estudios Internacionales, n° 4, 2010, 31 p.

<sup>75</sup> S. W. ARND, y H. KIERZKOWSKI (Eds.), *Fragmentation: New Production Patterns in the World Economy*, Oxford, Oxford University Press, 2000 272 p.

<sup>76</sup> C. MERCIER-SUISSA y C. BOUVERET-RIVA, *L'essentiel des stratégies d'internationalisation des entreprises*, Paris, Gualino, 2007, 128 p.; M. RAINELLI, *Les stratégies des entreprises face à la mondialisation*, Caen, Eds. Management Société, 1999, 111 p.

<sup>77</sup> A este respecto, cfr. W. ANDREFF, “Le rôle des entreprises dans l'organisation mondiale des échanges”, en H. GHERARI y Y. KERBRAT (Dir.), *L'entreprise mondiale dans la société internationale*, op. cit., pp. 47-72.

<sup>78</sup> Oligopolio existe cuando pocas empresas ofrecen un determinado producto, y sin embargo hay muchas que los demandan. Oligopsonio es justamente lo contrario, muchas empresas ofrecen un producto y pocas empresas transnacionales lo demandan.

condiciones de gran competencia internacional en muchos casos. Así las cosas, es evidente que para las empresas transnacionales no es difícil pasar del comercio internacional a la inversión, ya que esto último les permite seguir manteniendo el primero en condiciones beneficiosas, al invertir en general creando filiales que serán propiedad de la empresa inversora.

**22.** Por mucho que se haya insistido en que la crisis financiera de 2008 tiene su origen en las hipotecas “subprime” de los Estados Unidos primero, y de Europa después, algún autor, como Thomas Cottier, ha ido más lejos, al señalar que dicha crisis financiera es también una crisis de las ciencias sociales, particularmente del Derecho, aunque también de la teoría en torno a las ciencias económicas e incluso de las relaciones internacionales<sup>79</sup>. A este respecto, este autor manifiesta los errores cometidos al no aplicar una estricta disciplina de fragmentación y de especialización, aunque también por no haber aplicado correctamente una cierta interdisciplinariedad. Sin embargo, esta crisis puede tener al fin y al cabo como efecto positivo el de ofrecernos una posibilidad para repensar y mejorar el sistema económico internacional y sus instrumentos normativos. Para mejorar la situación Thomas Cottier indica que el Derecho internacional económico en general, tiene que hacer frente a los retos siguientes: a) hay que debatir sobre la relación entre el Derecho internacional económico y sus necesidades más imperiosas, ya que hay que reconocer que los patrones existentes a nivel financiero y monetario internacionales no reflejan las complejidades del mundo de hoy, a pesar de que se hayan hecho algunos retoques puntuales; b) hay que debatir sobre los problemas horizontales de la fragmentación y del funcionalismo de las Organizaciones internacionales y su marco competencial, ya que una parte muy importante del Derecho internacional es, al fin y al cabo, económico<sup>80</sup>; c) el Derecho internacional económico continúa haciendo frente al reto de una apropiada asignación vertical de poderes; d) hay que examinar la necesidad de debatir unas estructuras legales tanto a nivel de la investigación como de la enseñanza; y e) necesitamos repensar las prioridades en la investigación y el papel que tiene que desempeñar en la política internacional, ya que la crisis cogió a muchos con el paso cambiado.<sup>81</sup>

**23.** Que las empresas transnacionales son actores económicos internacionales es, pues, incontestable. Pero estas empresas son también actores políticos, no sólo por una determinada acción en relación con un gobierno<sup>82</sup> sino porque en muchos casos recurren al poder político para modificar los elementos de poder bien sea de los Estados o de otros actores. A este respecto, no es extraño que en muchas ocasiones se haya hecho alusión a expresiones como “poderes privados transnacionales” o “centros internacionales de decisión”, expresando así su poder. Estas empresas van generando así un poder con capacidad para alterar la política de algunos Estados, desarrollando al mismo tiempo su propio sistema de relaciones internacionales al lado del de las relaciones interestatales<sup>83</sup>.

Algo de esto se ha reprochado a China y a sus empresas en el continente africano y en los países iberoamericanos, pero no es una especificidad de las empresas chinas ni de la República Popular de

<sup>79</sup> Cfr. TH. COTTIER, “Challenges Ahead in International Economic Law”, *Journal of International Economic Law*, vol. 12, 2009, n.º.1, pp. 3-15, p. 12.

<sup>80</sup> Para este autor, “The law of permanent sovereignty of natural resources, the law of the sea, environmental law, the law of human rights and the laws of war are all ultimately linked to economic interests, and cannot be separated from economic law strictly speaking, even if a narrow definition is adopted. Cfr. *Ibid*, p. 13.

<sup>81</sup> *Ibid*, pp. 12-15. Respecto con una nueva asignación vertical de poderes, véase también, J. H. JACKSON, “Sovereignty-Modern: A New Approach to an Outdated Concept”, *American Journal of International Law*, vol. 97, 2003, pp. 782-802. Este autor considera que “... ‘The core sovereignty’ concepts, which mostly involve the nation-state’s monopoly of power and its logical derivative of state consent requirements for new norms, the power allocation analysis, when explored more profoundly, can help overcome some of the ‘hypocrisy’ and ‘thought-destructive mantras’ surrounding these concepts so that policymakers can focus on real problems rather than myths”, p. 800.

<sup>82</sup> Como se sabe, en algunos casos han estado presentes en la vida política de un país llevando a cabo determinadas acciones de corrupción o apoyando a un partido político de una determinada ideología del que esperaba después obtener beneficios, etc.

<sup>83</sup> Cfr. CH. ZORGBIBE, *Les relations internationales*. Paris, PUF, 1977, p. 91. Véase también CH. TUGENDHAT, *Las empresas multinacionales*, Madrid, Alianza, 1973, p. 259. Este autor recoge en su obra (p. 19) unas declaraciones del Director de Nestlé, Max Gloor, quien señaló el 10 de julio de 1968, lo siguiente: “No se nos puede considerar ni como puramente suizos, ni como puramente multinacionales, esto es, como pertenecientes al mundo en general, si es que existe tal cosa. Somos probablemente una cosa intermedia, una raza aparte. En una palabra, tenemos la ciudadanía de Nestlé”.

China, pues esto se ha hecho desde tiempo inmemorial. En nuestra opinión, los reproches a China encubren algo que es una evidencia, y es que China no es lo que fue, sino mucho más, algo que a muchos les cuesta admitir<sup>84</sup>. En efecto, hay que reconocer que el peso de China en el comercio internacional se ha incrementado de una forma exponencial, a pesar de las dificultades, y superado los pronósticos más optimistas, como lo demuestran las siguientes cifras. En 1978, China representaba menos del 1% del comercio mundial. En el año 2000, su porcentaje ya subió al 3%, es decir, triplicó su participación en relación con el año 1978, pero todavía lejos de ser un país muy importante. Pero su entrada en la OMC, el 11 de diciembre de 2001, pasando así a ser el 143 Miembro de esta Organización le permitió avanzar a pasos agigantados, y supuso que su participación en el comercio internacional se incrementara un 300% en tan solo una década, convirtiéndose así en el primer exportador mundial ya en 2013<sup>85</sup>. Es más, dependiendo de los criterios que se utilicen, la economía china sería la segunda potencia económica mundial, lo que es hoy generalmente aceptado o incluso la primera si se utiliza el poder de compra<sup>86</sup>. Esto ha supuesto importantes retos a las otras potencias comerciales mundiales, que han reprochado a China recurrir a un capitalismo de Estado y de Partido (el Partido Comunista Chino). Sin embargo, la proeza económica china es interpretada y justificada por su peculiar estructura económica en la que participan no solo el Estado y el Partido Comunista, sino también las empresas públicas y privadas. Este sistema ha generado continuas fricciones entre China y otras potencias comerciales como los Estados Unidos, la Unión Europea o Japón, pero no se señala tanto otros hechos como que los cuatro bancos más grandes del mundo son chinos, siendo además el país que tiene más bancos entre los cien más grandes del mundo. También es el segundo país que tiene el número de empresas cuya riqueza es mayor, entre las 500 empresas más grandes del mundo, y otros muchos elementos que han hecho de este país una potencia económica y comercial mundial en toda regla.

**24.** Hay que poner de relieve además que en muchas ocasiones las empresas transnacionales pueden crear en su seno un régimen de “lealtades” no sólo distinto del Estado sino incluso antinómico. Al tener un “centro de decisiones” unificado a nivel mundial van a elegir los objetivos sin tener en cuenta los intereses de los Estados, imponiendo así su disciplina a las filiales. Es más, esto es algo que forma parte de la propia psicología de estas grandes empresas, como lo revelan las palabras de muchos de sus dirigentes cuando amenazan de lo que hoy se denomina “deslocalización”, fenómeno, que como se sabe no es nuevo, pero que se ha desarrollado considerablemente con la globalización. Se puede decir, pues, que estas empresas buscan su propio interés, que es un interés “desnacionalizado”, y que no es ni más ni menos que el logro de sus objetivos. Para ello, estas empresas se han dotado de un poder transnacional con las características siguientes: centro de decisión internacional; capacidad para transferir bienes, recursos financieros y tecnología; poseen un alto grado de competitividad, con un *savoir faire* en algunos casos exclusivo o casi exclusivo; tienen su propia diplomacia para llevar a cabo su “política exterior”, con gran capacidad de propaganda; y pueden crear alianzas bien con Estados o con otras empresas si lo consideran bueno para sus intereses. Pocas cosas, pues, se dejan a la improvisación.

**25.** Ni que decir tiene que el entorno del que hoy disfrutan estas empresas se debe en gran medida a la seguridad jurídica que ha dado hasta el momento la OMC. Decimos hasta el momento, porque como se sabe algunos líderes mundiales han adoptado algunas medidas que socavan sin lugar a dudas los pilares del sistema, aunque todavía sin romperlo. Y es que el sistema de la OMC ha demostrado una robustez tal que le ha permitido superar la crisis financiera del año 2008 y siguientes sin grandes desajustes, a pesar de la gravedad que encerraba en muchos aspectos. Las empresas transnacionales comerciales, no tanto

<sup>84</sup> No hay que olvidar tampoco la compra por parte de empresas chinas de grandes compañías europeas, como, por ejemplo, la ex-suiza Novartis, hoy en manos chinas.

<sup>85</sup> Sobre la adhesión de China a la OMC, cfr., Y. GUCHUA y CH. JIN, “The Process of China’s Accession to the WTO”, *Journal of International Economic Law*, vol. 4, 2001, n° 2, pp. 297-328; R. BERMEJO GARCÍA y L. SAN MARTÍN SÁNCHEZ DE MUNIÁIN, “La adhesión de China a la Organización Mundial del Comercio”, *Revista Española de Derecho Internacional*, vol. 53, 2001, n° 1-2, pp. 686-692.

<sup>86</sup> A este respecto, cfr. M. WU, “The ‘China Inc.’ Challenge to Global Trade Governance”, *Harvard International Law Journal*, vol. 57, 2016, pp. 1001-1063. Este estudio explica con sumo detalle las particularidades de la economía china, así como su evolución hasta la actualidad.

las bancarias y financieras, han sobrevivido relativamente bien a la crisis<sup>87</sup>, a pesar de las medidas proteccionistas adoptadas por algunos países, y las restricciones comerciales que muchos Estados se han visto obligados de adoptar debido a la crisis de la deuda y a la falta de financiación. Por ello, no han faltado autores que han puesto de relieve que a pesar de la gravedad de la crisis, el sistema ha funcionado, y los efectos negativos que se han producido han sido absorbidos en condiciones mucho mejores que durante la Gran Depresión producida en 1929. Tal es el caso de Brendan Ruddy, al señalar que:

*“What the note finds is that pressures to implement trade restrictive measures are indeed widespread in the current crisis, similar to Great Depression. However, in spite of these protectionist pressures, recently implemented trade restrictive measures differ from those in the Great Depression as they are narrower in scope and duration, and are generally compliant with states obligations under a multilaterally negotiated trading system that provides an organized procedure for resolving disputes, the WTO... This difference signals the importance of the WTO and the rule-oriented system it has engendered in international trade relations”*<sup>88</sup>.

Para este autor, la OMC ha pasado pues el test de estrés de la crisis de 2008, al no recurrir los Estados a políticas proteccionistas rampantes como se hizo en 1929.

**26.** Ya hemos apuntado varias veces que las empresas transnacionales se han desarrollado considerablemente con la globalización, pero también hay que señalar que ellas han sido también *motores* de la propia globalización. Sin duda, el mundo actual sería completamente distinto sin estas empresas transnacionales. Si tan sólo hace unas décadas eran puestas en entredicho por las propias Naciones Unidas por los riesgos económicos y políticos que parecían plantear, de ahí el proyecto de elaborar un ambicioso “código de conducta” que regulara sus actividades<sup>89</sup>, hoy en día los Estados luchan por atraer sus actividades e inversiones, convirtiéndose así las empresas transnacionales no sólo en agentes pura y simplemente económicos, sino también sociales. No hay que olvidar que las decenas de miles de empresas transnacionales que hay en el mundo son las que canalizan casi la totalidad de las inversiones directas, que siguen siendo hoy en día su principal punto de atracción. Es más a pesar de los problemas que ha planteado la actual crisis financiera a algunas de estas empresas, como la General Motors o Ford, sin contar las ayudas a otras muchas, sobre todo entidades bancarias, su poder no ha disminuido, sino todo lo contrario, ya que tales empresas, al ser un motor para el desarrollo económico y social, constituyen un elemento muy positivo también para los individuos y su bienestar<sup>90</sup>.

Todo esto manifiesta las peculiaridades de la actual sociedad internacional, en las que la arquitectura del orden westfaliano ya no es la única, y quizás tampoco la mejor, para resolver determinados problemas. Cuando se tratan estos temas de los actores no estatales, las referencias al orden westfaliano son constantes, y estas referencias suelen tener en común críticas inherentes a ese sistema, sobre todo desde el prisma del Derecho internacional económico. Y es que en el ámbito económico internacional, el sistema westfaliano ya lleva más de un siglo desfasado, profundizándose, eso sí, las diferencias entre ese sistema y la sociedad actual en aspectos económicos<sup>91</sup>. En nuestra opinión, el hecho de que el sistema westfaliano sea criticable y no esté adoptado a las necesidades del orden económico internacional actual no significa que dicho sistema no haya cumplido con sus funciones. La evolución de la sociedad inter-

<sup>87</sup> Cfr. B. DE MEESTER, “The Global Financial Crisis and Government Support for Banks: What Role for the GATS?” *Journal of International Economic Law*, vol. 13, 2010, n.º.1, pp. 27-63.

<sup>88</sup> Cfr. B. RUDDY, “The Critical Success of the WTO: Trade Policies of the Current Economic Crisis”, *Journal of International Economic Law*, vol. 13, 2010, n.º. 2, pp. 475-495, p. 476.

<sup>89</sup> Para un análisis detallado de este problema, cfr. S. GARELLI, *Vers un code de conduite internationale à l'intention des sociétés transnationales*. These, Université de Lausanne, Ecole des Hautes Etudes Commerciales. Zürich, Juris Druck & Verlag, 1977, 193 p.

<sup>90</sup> Cfr., S. R. RATNER, “Corporations and Human Rights: a Theory of Legal Responsibility”, *Yale Law Journal*, vol. 111, 2002, n.º.3, pp. 443-545, p. 462.

<sup>91</sup> Por ejemplo, véase A. VAN AAKEN, “Behavioral International Law and Economics”, *Harvard International Law Journal*, vol. 55, 2014, pp. 421-481. Esta autora deja claro que “Following the traditional international law assumptions that have prevailed ever since the Westphalian Peace, the nation-state has mostly been analysed as a unitary actor, or what has been described as a ‘black box’ state”, p. 425.

nacional no implica que los anteriores sistemas económicos, jurídicos o políticos haya que valorarlos exclusivamente a la luz del contexto actual.

27. No hay que olvidar que todo lo relacionado con los aspectos económicos internacionales difiere considerablemente lo nacional de lo internacional. Y es que si a nivel nacional el liderazgo, la legitimidad y la eficiencia están en las mismas manos, es decir, en las manos del gobierno, a nivel internacional es mucho más complejo: “*Who is the leader? Can legitimacy be assured by other means than citizens voting in a ballot? Are specialized international organizations, which are scattered all over the place, efficient? No wonder; under such circumstances, that building coherent global governance is a real challenge!*”<sup>92</sup>. Si se llega a articular estos tres elementos a nivel global, tendríamos un “triángulo de coherencia”. Por una parte, estaría el G-20, sustituto del G-8, que tendría el liderazgo político. Por otra, las Naciones Unidas, sobre cuyos pilares se establecería el marco de la legitimidad. Y en tercer lugar, las Organizaciones internacionales que darían pericia e insumos especializados con sus normas, políticas o programas<sup>93</sup>.

En estas circunstancias, hay que recalcar además que dentro del ámbito onusiano también se ha querido reforzar el papel que pueden desempeñar estas empresas en los objetivos de la Organización. Tal es el caso de la Declaración del Milenio<sup>94</sup> en cuyo párrafo 20 se decide “establecer sólidas formas de colaboración con el sector privado y con las organizaciones de la sociedad civil en pro del desarrollo y de la erradicación de la pobreza”<sup>95</sup>. Algo similar ocurre en otras esferas como en materia de derechos humanos, en donde la antigua Comisión de Derechos Humanos, consideró en la Resolución 2002/28, de 22 de abril de 2002<sup>96</sup> que aunque sea el Estado el que tiene la responsabilidad a la hora de defender los principios de la dignidad humana, la igualdad y la equidad en el plano mundial, en el esfuerzo por que la globalización se guíe por el respeto a los derechos humanos se han de incluir no solo a los órganos de derechos humanos sino al resto de instituciones internacionales y *sobre todo* al resto de actores en la esfera global, incluyendo a las empresas transnacionales<sup>97</sup>. Lo mismo ocurre con el Alto Comisionado de las Naciones Unidas<sup>98</sup> e, incluso, el propio Secretario General quienes han considerado oportuno reforzar de forma general el partenariado con el sector privado<sup>99</sup>, estrategia que no es del agrado de todos. Es

<sup>92</sup> Cfr. P. LAMY, “Global Governance: From Theory to Practice”, op. cit., p. 722.

<sup>93</sup> *Ibid*, p. 724.

<sup>94</sup> A este respecto, cfr. Doc. A/55/2, de 8 de septiembre de 2000.

<sup>95</sup> En realidad, algo de esto ya estaba presente en la configuración de la ayuda pública al desarrollo, cuando las Naciones Unidas recomendaban conceder al lado del 0,7 % de ayuda pública al desarrollo un 1 % de ayuda privada, cifras que, como se sabe, siguen para muchos países pendientes, incluido el nuestro.

<sup>96</sup> Esta Resolución lleva por título “la mundialización y sus consecuencias sobre el pleno disfrute de los derechos humanos”.

<sup>97</sup> La cuestión de la protección de los Derechos Humanos no se iba a plantear exclusivamente en el foro onusiano, sino también en el ámbito de la OMC, y no solo por la Declaración del Milenio. A este respecto, Ernst-Ulrich Petersman ya avanzaba a principios de este siglo que “(The) WTO dispute settlement bodies should take seriously their obligation under general international law and also under WTO law to take into account universal human rights in the interpretation of WTO rules... WTO law already protects rule-of-law and compulsory adjudication in a more effective manner than other worldwide treaties, including the UN human rights covenants with their inadequate enforcement systems. Integrating human rights law and WTO law offers legal synergies for beyond trade and economic relations”. E.U. PETERSMAN, “Human Rights and International Economic Law in the 21<sup>st</sup> Century. The Need to Clarify their Interrelationship”, *Journal of International Economic Law*, vol. 4, 2001, n.º.1, pp. 3-39, pp. 37 y 39. No conviene olvidar tampoco que ya en 1999, en un foro privado, como es el Foro económico mundial de Davos, en donde los mejores intervinientes no salen casi en los medios, reservados a los políticos, cuyos conocimientos no suelen ser en general muy pormenorizados, el entonces Secretario General de la ONU, Kofi Annan, lanzó la Iniciativa de un Pacto mundial con las empresas transnacionales para promover unas prácticas comerciales basadas en una serie de principios reconocidos universalmente para contribuir a un comercio internacional más estable, más equitativo y más absorto, en el que las empresas transnacionales se comprometen a aplicar diez principios, todos ellos relacionados con los Derechos Humanos, bien sean estos civiles, económicos y sociales, e incluso medioambientales. Para más detalles, cfr. F. MARRELLA, “Protection internationale des droits de l’homme et activités des sociétés transnationales”, op. cit., pp. 68-70. A pesar de que se trate de *soft law*, es un paso importante en esta materia. Para un estudio muy pormenorizado sobre las actividades de las empresas transnacionales en materia de Derechos Humanos y de protección del medio ambiente, cfr. J.E. ESTEVE MOLTÓ, “La estrecha interdependencia entre la criminalidad de las empresas transnacionales y las violaciones de los Derechos Humanos y del Medio Ambiente”, *Revista Electrónica de Estudios Internacionales*, 2016, n.º. 32, 38 p.

<sup>98</sup> Sobre este último aspecto, cfr. *Informe del Alto Comisionado de las Naciones Unidas para los derechos humanos sobre las actividades de las empresas transnacionales y otras empresas comerciales en la esfera de los derechos humanos*, doc E/CN.4/2005/91, de 15 de febrero de 2005, pár. 24.

<sup>99</sup> A este respecto, cfr. doc. A/60/214, de 10 de agosto de 2005.

más, algunos propugnan incluso implicar a las empresas transnacionales en actividades de prevención de conflictos, mantenimiento de la paz y operaciones post-conflicto, aunque esperemos que en estos casos, al menos, sea sin ánimo de lucro<sup>100</sup>. Claro que si algunas empresas transnacionales no sólo proveen la manutención a las fuerzas armadas acuarteladas, sino también en operaciones bélicas ¿por qué no van a poder ocuparse igualmente de estos temas? El fenómeno de la “externalización” ya lo tenemos presente en muchos ámbitos, y en algunos casos los únicos que pueden prestar ciertos servicios son estas empresas, lo que nos demuestra que cada vez refuerzan más ese papel de “actor” a nivel internacional.

28. En pleno auge de la globalización, es evidente que las empresas transnacionales pueden implantarse allí donde vean que las condiciones son más ventajosas. En realidad, esto casi siempre ha sido así, aunque la diferencia entre antes de la globalización y ahora es el nivel mayor de liberalización que se les ha proporcionado y el ámbito geográfico a donde poder llevar sus actividades y sus centros de producción. En este marco, las empresas, que buscan, como es normal optimizar sus beneficios, están en la actualidad en mejores condiciones para elegir cómo y dónde establecer sus centros de producción, adoptando así las estrategias financieras, fiscales o sociales pertinentes, una vez examinadas las ventajas comparativas que les proporcionan los diferentes Estados. Esto no quiere decir forzosamente que estas empresas no se preocupan de los intereses o del desarrollo de los Estados en donde se instalan<sup>101</sup>, aunque es sabido que en determinados casos se han aprovechado de Gobiernos corruptos o de Estados con legislaciones poco respetuosas tanto con los derechos humanos, civiles o económicos y sociales, pero también medioambientales. No se puede pretender que las empresas transnacionales tengan que adoptar estrategias económicas para favorecer el desarrollo de los países de acogida, cuando estos han adoptado proyectos inviables económicamente; tal pretensión sería totalmente utópica, pues si las empresas transnacionales estuvieran sin más al servicio de los Estados, no serían ni empresas y menos transnacionales. Y es que la política de desarrollo de un país es competencia del Gobierno de ese Estado, que es el que la adopta.

## VII. Las empresas transnacionales: ¿sujetos de Derecho internacional?

29. La cuestión de la subjetividad internacional siempre ha sido un tema escurridizo desde hace tiempo, aunque en las últimas décadas ha estado presente en la doctrina internacionalista a la luz de la importancia que han venido adquiriendo ciertos actores no estatales en la sociedad internacional<sup>102</sup>. El reto no es baladí, pues se trata ni más ni menos de profundizar en la subjetividad internacional para descubrir quiénes son los sujetos del Derecho internacional, lo que suscita, como ha señalado Elène Ruiz-Fabri muchos interrogantes<sup>103</sup>. Hay que reconocer que en las últimas décadas, los actores no estatales son cada vez más activos en las Relaciones Internacionales, de forma que algunos se han atrevido a señalar que estamos

<sup>100</sup> Para más detalles sobre esta cuestión, cfr. J. OETREL, K. GETZ, y S. LADEK, “The Role of Multinational Enterprises in Responding to Violent Conflict: A Conceptual Model and Framework for Research”, *American Business Law Journal*, vol. 44, 2007, nº 2, pp. 331-358.

<sup>101</sup> A este respecto, el Profesor Mahiou tiene una visión más pesimista, al insistir en que estas empresas no se preocupan a la hora de establecer sus actividades y estrategias de los planes y proyectos de desarrollo de los Estados de acogida. Es más, para este autor “Les sociétés transnationales sont en mesure de réaliser des planifications internes indépendantes de la politique nationale d’un Etat et même en contradiction avec elle, sans que celui-ci puisse disposer de moyens d’action a leur égard, car les ramifications externes sont hors de son pouvoir souverain...”. Cfr. A. MAHIOU, “Le droit international ou la dialectique de la rigueur et de la flexibilité : cours général de droit international”, *Recueil des Cours*, T. 337, 2008, pp. 9-516, pp. 264-265.

<sup>102</sup> Cfr. TH. MARGUERITTE, y R. PROUVÉZE, “Le droit international et la doctrine saisis par la fait: La diversification des sujets du droit international sous l’effet de la pratique”, *Revue québécoise de droit international*, 2016, pp. 159-189.

<sup>103</sup> A este respecto, esta Profesora de la Universidad de París I Panthéon-Sorbonne indica que: “Mettre les sujets du droit international en catégories... L’exercice peut sembler banal (il l’est par de nombreux aspects). Il est très commun de raisonner en catégories, y compris en droit, si bien que chacun, à l’énoncé d’un tel sujet, dispose d’une réponse presque intuitive. On pense à l’Etat, aux organisations internationales, aux personnes privées. Mais, très vite, viennent les interrogations. Il suffit de parler des peuples, de minorités, de communauté internationale, voire, pourquoi pas, de générations futures, ou encore de groupes terroristes pour qu’apparaisse une impression d’incertitude. Peut-être une mise en catégorie puet-elle aider à mettre un peu d’ordre et à voir un peu plus clair”. E. RUIZ-FABRI, “Les catégories de sujets du droit international”, en *Le sujet en droit international: Colloque du Mans*, SFDI, Paris, Pedone, 2005, pp. 55-72, p. 55.

ante una edad de oro de estos actores<sup>104</sup>, algo que ha venido a corroborar también el por entonces Secretario General de la ONU, Kofi Annan en su conocido programa para la reforma de las Naciones Unidas<sup>105</sup>. Y es que todos estos grandes actores no estatales, y sobre todo las “empresas transnacionales”, están cada vez más presentes en la vida cotidiana de la sociedad internacional. Por ello no es de extrañar que ya en los años setenta no hayan faltado autores, como el Profesor Pierre Vellas, quien ya apuntaba en 1974 que el reconocimiento de determinados derechos y obligaciones en el orden jurídico internacional a las empresas transnacionales impulsaría su calidad de sujeto de Derecho internacional, otorgando así cada vez más signos de lo que puede ser una capacidad jurídica a nivel internacional<sup>106</sup>. Sin embargo, la cuestión de la subjetividad internacional de estas empresas seguiría estando presente en los debates jurídicos a nivel internacional, incluso con cierto humor. Como ha señalado muy certeramente el Profesor Vaughan Lowe,

*“Throughout most of the twentieth century the traditional view was, as it was put in early editions of Oppenheim’s International Law, that public international law is a ‘law between States only and exclusively. If that was ever true, it is plainly no longer true... But the face behind the mask is a constant in international life, and in some ways not the most important aspect of this matter. More important are those circumstances in which companies are the overt actors within the international legal system”*<sup>107</sup>.

Este pensamiento va a estar siempre presente a la hora de analizar la capacidad jurídica y su personalidad para saber si pasan el umbral que es necesario para que puedan ser consideradas como sujetos de Derecho internacional.

**30.** El tema de la subjetividad internacional de las empresas transnacionales es complejo, debido no solo a las características que encierran en sí mismas estas empresas, sino también al hecho de que la subjetividad va a estar sometida al principio de relatividad de los sujetos, es decir, que ser sujeto en un orden jurídico determinado no presupone nada su estatuto en otro. Desde esta perspectiva, los sujetos van a estar sometidos al orden jurídico que les reconoce, tanto en cuanto a derechos como a obligaciones. Acabamos de señalar que la cuestión de la subjetividad internacional siempre ha sido problemática, pero hay que matizar, que salvo para el Estado, que es el sujeto por antonomasia del Derecho internacional, de ahí que siga siendo un tema recurrente hoy en día, a pesar de que el círculo de sujetos de Derecho internacional se haya ampliado. A pesar de ser real esta ampliación, no siempre se ha considerado por algunos como suficiente, de ahí que se siga reivindicando todavía para algunos de esos actores relevantes de la sociedad internacional, entre los que se encuentran por su importancia las empresas transnacionales. Y es que el concepto de “sujeto” está en el corazón del Derecho internacional, por utilizar la expresión de Michel Cosnard al introducir en 2004 el Coloquio de la Sociedad Francesa para el Derecho internacional que tuvo lugar en le Mans consagrado exclusivamente a esta cuestión<sup>108</sup>. Y es que cualquier sistema jurídico necesita actores y sujetos para poder considerarse como tal, siendo el sujeto el que sobre todo va a actuar en el marco de ese sistema. Así se puede afirmar que se ha pasado de una concepción restrictiva a una más amplia<sup>109</sup>, en la que para ser considerado como sujeto de Derecho internacional bastaría con poder invocar derechos a nivel internacional o ser responsable por haber violado alguna norma internacional<sup>110</sup>. Es lo que se denomina subjetividad internacional activa, en el

<sup>104</sup> Cfr. J. T. MATHEWS, “Power Shift”, *Foreign Affairs*, 1997, p. 50; J. E. NIJMAN, *The Concept of International Legal Personality: An Inquiry into the History and Theory of International Law*, The Hague, TMC Press 2004, 512 p., pp. 2 y 9.

<sup>105</sup> Cfr. Doc A/51/950, párrafo 207.

<sup>106</sup> Cfr. P. VELLAS, “Les entreprises multinationales et les organisations non gouvernementales, sujets du droit international”, en *Mélanges offerts à Paul Couzinet*, Université de Sciences Sociales de Toulouse, 1974, pp. 749-773.

<sup>107</sup> Cfr. V. LOWE, “Corporations as International Actors and International Law Makers”, *Italian Yearbook of International Law*, vol. 14, 2004, pp. 23-38, p. 23.

<sup>108</sup> Cfr. M. COSNARD, “Rapport introductif”, en: *Le sujet en droit international*, Colloque du Mans, SFDI, Paris, Pedone, 2005, p. 3.

<sup>109</sup> La tendencia a ampliar el abanico de sujetos de Derecho internacional puede situarse a finales del siglo XIX y principios del siglo XX, cuando empiezan a surgir cuestiones relacionadas con las minorías, la autodeterminación de algunos pueblos en Europa, etc., que ponen manifiestamente en duda la tendencia de que solo los Estados eran los sujetos de Derecho internacional. *Ibid.*, p. 4.

<sup>110</sup> J. A. BARBERIS, “Nouvelles questions concernant la personnalité juridique internationale”, *Recueil des Cours*, T.1, 1983, pp. 145-304. A este respecto, este autor señala que “le droit ne peut prescrire dans une norme juridique que ‘X est sujet de droit’



primer caso, y pasiva en el segundo. En este contexto, es obvio que el círculo de sujetos de Derecho internacional se ha ido ampliando considerablemente y, en nuestra opinión, esto puede considerarse como un elemento de progreso del Derecho internacional.

**31.** Si en cualquier orden jurídico es fácil determinar un sujeto primario (principal), en el Derecho internacional sería el Estado, sujetos primarios que suelen ser los que determinan los secundarios, sin embargo, en el Derecho internacional no contamos con reglas precisas que designen esos sujetos secundarios. En consecuencia, existe una cierta libertad a la hora de establecer los criterios y los requisitos que deben tener esos sujetos, pero esta libertad encierra una gran problemática al poder recurrir a varias o muchas posibilidades, ya que hay grupos o entidades que no pueden identificarse por unos elementos comunes entre ellos<sup>111</sup>. Así las cosas no es fácil dar una respuesta tajante en relación con las empresas transnacionales, pues el tema, aunque tampoco es nuevo, está muy lejos de ser pacífico<sup>112</sup>. Y es que como ya hemos apuntado en torno a la complejidad que encierra su definición, la cuestión de la subjetividad internacional, por mucho que se quiera defender un punto de vista progresista del Derecho internacional, suscita problemas de difícil respuesta, y esto no es sólo válido para las empresas transnacionales, sino también para los actores denominados no estatales en general.

Cabe preguntarse si en este conjunto de elementos o de teorías, es bueno recurrir a posiciones dogmáticas que no llevan en muchos casos a resultados muy halagüeños, o si habría que ir más lejos analizando caso por caso para ver mejor qué es lo que hay detrás de cada uno de estos actores, pues no todos tienen las mismas características, ni las mismas capacidades. Y es que como ha señalado el Profesor Lowe en relación con estas empresas:

*“It is an existential leap or an article of faith; and one cannot ask whether it is correct but only whether it is useful. For my part, I do not think that any dogmatic position on the question whether corporations are ‘subjects’ of international law or ‘international actors’ is helpful. They have some characteristics in common with human beings, the archetypal ‘objects’ of international law; and they should be recognised as entities sui generis whose treatment, and the treatment of whose actions, in international law needs to be approached on a pragmatic, case-by-case, basis”*<sup>113</sup>

**32.** Pero tampoco conviene olvidar que las empresas transnacionales arrastran tras de sí ciertas desconfianzas. Y es que su reputación de “explotadores” de los países pobres o más débiles sigue todavía en alguna medida presente en muchos ámbitos del Derecho internacional, aunque haya sido mitigado considerablemente en las últimas décadas. No obstante, esa reputación ha originado una oposición, sobre todo en muchos países en desarrollo, y este rechazo les ha afectado a la hora de reconocerles determinados elementos en relación con la subjetividad internacional. Y es que casi cincuenta años después, sigue recordándose el pensamiento que plasmó el Juez Padilla Nervo en su Opinión individual, en la que claramente establecía que:

*“It is not the shareholders in those huge corporations who are in need of diplomatic protection; it is rather the poorer or weaker States, where the investments take place, who need to be protected against*

---

car cela serait dépourvu de sens. Même si un ordre juridique contenait une norme énonçant que ‘X est sujet de droit’, X ne serait pas sujet si cet ordre ne lui attribuait pas du moins un droit ou une obligation... Les normes juridiques ne peuvent pas imposer au juriste de considérer comme sujet de droit une personne qui n’est titulaire d’aucun droit ni d’aucune obligation”, p. 169.

<sup>111</sup> Esto es precisamente lo que apunta Herman Mosler al señalar que: “The whole variety of subjects of international law cannot be defined by uniform sociological criteria. This is however, possible in respect of the first three groups: of the States which form the basis of the international legal community; of other territorial entities; and to certain extent in respect of international organizations and institutions... The fourth group consists of a collection of groups and entities which cannot be identified by common features... The common denominator of all subjects of international law is the quality of being endowed with legal capacity”. Cfr. H. MOSSLER, “Subjects of International Law”, *Encyclopedia of Public International Law*, Max Planck Institute, Vol. Four, North-Holland, 2000, pp. 711-727, p. 711.

<sup>112</sup> En realidad, casi todas las cuestiones de alcance jurídico relacionadas con estas han sido controvertidas. A este respecto, cfr., la opinión del Profesor Adolfo Miaja de la Muela en su trabajo “El Derecho internacional ante las sociedades multinacionales”, *Anuario de Derecho Internacional*, vol. 2, 1975, pp. 169-227.

<sup>113</sup> Cfr. V. LOWE, “Corporations as International Actors and International Law Makers”, op. cit., p. 24.

*encroachment by powerful financial groups, or against unwarranted diplomatic pressure from governments who appear to be always ready to back at any rate their national shareholders, even when they are legally obliged to share the risk of their corporation and follow its fate... Perhaps modern international business practice has a tendency to be soft and partial towards the powerful and the rich, but no rule of law could be built on such flimsy bases”<sup>114</sup>.*

Es cierto que en el Derecho internacional se ha forjado en esta materia una concepción muy clásica y muy defendida por la mayoría de la doctrina, mientras que se tendía a considerar como un poco ingenuo, soñador o heterodoxo a quien se distanciaba de esos parámetros. Así pues, no resultaba nada fácil abrir una brecha, incluso aunque se fuera consciente de que la situación no acababa de ser satisfactoria. Inútil de señalar que esta es la posición en la que nos encontramos, ya que, de un lado, es fácil detectar los problemas que, desde un punto de vista jurídico formal, suscita el reconocimiento de la subjetividad internacional a estas empresas, aunque por otro lado uno puede sorprenderse de que actores de tanta relevancia a nivel internacional, relevancia que como ya hemos apuntado se ha reforzado considerablemente tras la globalización, no pueden entrar dentro del sistema como auténticos sujetos, lo que reforzaría la falsa idea de que el Derecho internacional es más formal que real. Aunque sabemos que este reproche a nuestro sistema jurídico también se ha hecho en otros ámbitos, como en materia de uso de la fuerza, lo cierto es que lo que ocurre con las empresas transnacionales en materia de subjetividad no deja de sorprender, visto sobre todo su poder económico, lo que nos demuestra efectivamente los excesivos formalismos de los que en muchos casos hace gala el Derecho internacional, con todo lo que esto implica. Y es que, si se quiere hacer del Derecho internacional un sistema más efectivo y real<sup>115</sup>, es necesario abrirlo y hacerlo cada vez más acorde a las realidades cambiantes del Derecho internacional<sup>116</sup>.

**33.** Esto que acabamos de apuntar es algo que, en nuestra opinión, es sumamente importante, ya que, en muchos casos, actores como las empresas transnacionales, se revelan indispensables para que los Estados puedan ejercer algunas de las competencias que el Derecho internacional les reconoce como sujeto pleno y primario de este orden jurídico, al no disponer de los medios necesarios, sobre todo a nivel técnico, para negociar ciertos acuerdos internacionales. A este respecto, el Profesor Lowe recoge una serie de ámbitos como el de la navegación, los acuerdos de concesiones internacionales y el de los arbitrajes en materia de inversiones al momento de calificar por ejemplo daños, y señala al respecto lo siguiente:

*“These three examples all exemplify the role of corporations, both profit-making and non-profit-making, in the creation of international standards that mediate the broad applicable principles of the law created by States. This is not an instance of ‘privatisation’ of the allocation to the private sector of functions that could as well performed by governments. Rather, it is a recognition of the limitations upon the capacity of governments, and in particular of ministries of foreign affairs whose over-burdened staff have to cover an astonishing range of subjects, to negotiate international instruments in great technical detail”<sup>117</sup>.*

### VIII. Las controversias doctrinales sobre la subjetividad internacional

**34.** Nadie discute que el Estado, como figura central del sistema jurídico internacional, es el sujeto primario del Derecho internacional, y tampoco su capacidad para ejercer las competencias o asumir las obligaciones que se pueden deducir de los mecanismos internacionales. De hecho, la doctrina clásica siempre ha afirmado que el Estado es el único sujeto que goza de la plenitud de la personalidad jurídica internacional. Ahora bien, si se reconoce que el Estado tiene subjetividad plena, implícitamente se está reconociendo que puede haber otros sujetos parciales o que se les reconozca esa subjetividad internacio-

<sup>114</sup> Cfr. *Barcelona Traction, Light and Power Company Limited, Belgium v. Spain*, ICJ Reports 1970, pp. 248-250.

<sup>115</sup> Cfr. A. CASSESE, *International Law*, Oxford, Oxford University Press, 2ª Ed., 2005, 558 p., p. 12.

<sup>116</sup> Sobre el carácter aperturista del Derecho internacional, cfr. J. R. CRAWFORD, “International Law as an Open System”, en J. R. CRAWFORD (Ed.), *International Law as an Open System*, 2002, London, Camron May, pp. 17-38.

<sup>117</sup> V. LOWE, “Corporations as International Actors and International Law”, op. cit., p. 25.

nal en una parcela determinada. Este debe ser el punto de arranque del razonamiento para poder pasar a analizar la tipología de la subjetividad internacional.

Existen principalmente dos tesis enfrentadas. Por un lado, aquellos que defienden que no todos los actores que participan en las cada vez más complejas Relaciones Internacionales, a pesar de que tengan influencia en la sociedad internacional, son sujetos de Derecho internacional<sup>118</sup>. Para estos autores, es evidente que las empresas transnacionales no cumplen con los requisitos exigidos por el Derecho internacional para ser auténticos sujetos del mismo, en el sentido de que no pueden ser destinatarias de las obligaciones que promueven la realización de los intereses o bienes comunes<sup>119</sup>. Pero, por otro lado, otros defienden, sin embargo, que reconocer en la actualidad la calidad de sujeto de Derecho internacional a estas empresas no plantea serias dificultades teóricas, aunque sólo serían sujetos *menores y derivados*<sup>120</sup>. Sin embargo, el alcance que estos autores otorgan a esta personalidad jurídica resulta mínimo, ya que la concesión de esa personalidad resulta, en general, de un contrato “internacionalizado”, que un Estado lleva a cabo con una empresa transnacional, contrato que será sometido a las normas materiales y formales del Derecho internacional. Así las cosas, la personalidad jurídica en cuestión se va a derivar de la voluntad de ese Estado, quedando limitada a los derechos y obligaciones contractuales. En consecuencia, dicha personalidad es sólo *funcional*, al quedar limitada al cumplimiento de sus obligaciones y a hacer respetar sus derechos, y *relativa*, pues sólo será oponible al Estado o Estados que la hayan reconocido<sup>121</sup>.

**35.** La percepción clásica ha sido, y continúa en muchos autores siéndolo, la de negar categóricamente cualquier tipo de personalidad jurídica a estas empresas, siguiendo así un camino que obstruye cualquier indicio de subjetividad internacional. Tal es el caso de François Rigaux para quien estas empresas ni son sujetos de Derecho internacional ni *quasi* sujetos, algo que ha repetido en varias ocasiones<sup>122</sup>. Esta concepción parte de la premisa fundamental según la cual estas empresas, poco importa que

<sup>118</sup> Cfr. A.L. PAULUS, *Die internationale Gemeinschaft in Völkerrecht. Eine Untersuchung zur Entwicklung des Völkerrechts im Zeitalter der Globalisierung*, München, Beck, 2001, p. 227. Esta había sido también la opinión de A. VERDROSS, y B. SIMMA, *Universelles Völkerrecht: Theorie und Praxis*, Berlin, Duncker & Humblot, 3ª edición, 1984, par. 446.

<sup>119</sup> A este respecto, cfr. I. BROWNLIE, *Principles of Public International Law*, Oxford, Oxford University Press, 6ª Ed., 2003, 742 p., p. 57; N. JÄGERS, “The Legal Status of the Multinational Corporation under International Law”, en M.K. ADDO (Ed.): *Human Rights Standards and the Responsibility of Transnational Corporations*, The Hague, Kluwer Law International, 1999, pp. 259-279, p. 262. Sobre esta cuestión, es interesante el análisis de F. RIGAUX, “Transnational Corporations”, en M. BEDJAOU (Ed.), *International Law: Achievements and Prospects*, Dordrecht, Boston, Martinus Nijhoff, 1991, p. 91 y ss.; y K. ZEMANECK, “The Legal Foundations of the International System”, *Recueil des Cours*, T. 266, 1997, pp. 9-335, p. 46, donde señala que “...Occasionally transnational companies and NGOs transact with States on the basis of equality, but only the relevant activities of the International Committee of the Red Cross have so far been recognized in instruments of public international law. Usually such relations, and also the interaction of the entities, are considered in the context of private or commercial international law or of international administrative law: only rarely are they treated as *quasi-international agreements*”.

<sup>120</sup> Esta es la opinión expresada por Patrick Daillier y Alain Pellet, cfr. *Droit international public*, (Nguyen Quoc Dinh). 7e ed., Paris, L.G.D.J., 2002, p. 647, para quienes las objeciones son sobre todo tácticas, como reconocer la personalidad jurídica de manera abstracta y mal definida y no prejuzgar su futuro estatuto jurídico internacional.

<sup>121</sup> Esta tesis es continuidad de lo que ya se señaló en el asunto *Texas Overseas Petroleum Co. & California Asiatic Oil Co. V. Libia*, en cuyo laudo, el árbitro único, Prof. R. J. Dupuy, apuntó (par. 32) que el Derecho internacional había padecido una evolución según la cual la jurisprudencia de la Corte Permanente de Justicia Internacional quedaba superada al reconocer que no sólo los tratados estaban regidos por el Derecho internacional, sino que también podía ocurrir que, en determinadas circunstancias, los acuerdos entre Estados y personas privadas podían estar regidos por una rama particular del Derecho internacional, es decir el Derecho internacional de los contratos. Cfr. L. M. HINOJOSA MARTÍNEZ, “El Derecho internacional de la Empresa”, en L. M. HINOJOSA MARTÍNEZ, L.M. y J. ROLDÁN BARBERO (Coords.), *Derecho internacional económico*, Madrid, Marcial Pons, 2010, p. 398. Este autor se alía así también con la tesis de una subjetividad limitada... *Ibid*, p. 384.

<sup>122</sup> Sobre esta cuestión señaló que: “it must be emphasized that transnational corporation are neither subjects nor quasi-subjects of international. The internationalization of the state contract is based on a *petition principia*, namely, that the state contracting with an enterprise with national status in another state has agreed to place limits, binding on it in the international legal order on the exercise of sovereignty. Transnational corporations-whether public or private-are legal agents subject to the jurisdiction of state and are affected by the rules of international law only when these are mediated by a state legal order... The power of these groups and their capacity to negotiate with states-often from a position of strength-cannot give them the status of subjects of international law, which could be conferred on them only by the concerted volition of states”, Cfr. F. RIGAUX, “Transnational Corporations”, en M. BEDJAOU (Ed.), *International Law: Achievements and Prospects*, Dordrecht-Boston, Martinus Nijhoff/UNESCO, 1991, p. 124. Del mismo autor, y el mismo pensamiento en francés, en: “Les sociétés transnationales”, en BEDJAOU, M.: *Droit international. Bilan et perspectives*, Paris, Pedone, 1991, Tome 1, pp. 138-139.

estén organizadas según el Derecho público o el Derecho privado, se han constituido según el Derecho internacional de un determinado Estado y, por tanto, van a tener la personalidad jurídica que les otorgue el orden jurídico estatal, poco importa que se trate de la empresa matriz, o dominante, o de cualquier filial, ya que ambas son jurídicamente distintas, aunque las filiales estén controladas por las sociedades matrices. Es sabido a este respecto que las estrategias y las planificaciones de estas empresas las deciden las sociedades matrices, que son las que detentan el poder económico, poder que es privado.

**36.** Conviene señalar además que el peso que han ido adquiriendo estas empresas en las relaciones económicas internacionales, ha sido colosal, sin que – por el contrario – dicho peso haya tenido una contraprestación en el ámbito jurídico, salvaguardando quizás la cuestión de los derechos humanos<sup>123</sup>. Y es que, como se sabe, hay una abundante doctrina que considera que estas empresas tienen una especial responsabilidad en la promoción y respeto de los derechos humanos, sobre todo en los ámbitos laboral y social<sup>124</sup>. Como señala Cutler<sup>125</sup>, existe un desfase cada vez más importante entre lo fáctico y lo jurídico, es decir, los hechos y el Derecho, pues no deja de sorprender que actores tan importantes a nivel comer-

<sup>123</sup> Sobre esta cuestión, véase el interesante estudio de F. MARRELLA, “Protection internationale des droits de l’homme et activités des sociétés transnationales”, op. cit. Véase también, C. FERNANDEZ LIESA y E. LÓPEZ-JACOISTE DÍAZ, (Coords.), *Empresas y Derechos Humanos*, Cizur Menor, Aranzadi Thomson-Reuters, 2018, 553 p.; O. MARTÍN-ORTEGA, *Empresas multinacionales y Derechos humanos en Derecho internacional*, Barcelona, Bosch, 2008, 345 p.; Véase además PH. ALSTON (Ed.), *Non-state Actors and Human Rights*, New York: Oxford University Press, 387 p.; A. CLAPHAM, *Human Rights Obligations of Non-state Actors*, Oxford, Oxford University Press, 2006, 613 pp.; O. DE SCHUTTER (Ed.), *Transnational Corporations and Human Rights*, Oxford, Hart, 2006, 430 p. Para estudios más específicos, cfr. J. DINE, *Companies, International Trade and Human Rights*, Cambridge, Cambridge University Press, 2005, 10; A. EIDE, “Universalization of Human Rights versus Globalization of Economic Power”, en F. COOMANS *et al* (Eds.), *Rendering Justice to the Vulnerable – Liber Amicorum in Honour of Theo van Boven*, The Hague, Kluwer Law International, 2000, pp. 99 y ss.; M. T. KAMMINGA, “Holding Multinational Corporations Accountable for Human Rights Abuses: A Challenge for the EC”, en Ph. ALSTON (Ed.), *The EU and Human Rights*, Oxford, Oxford University Press 1999, p. 553 y ss.; S. CHESTERMAN, “Oil and Water: Regulating the Behaviour of Multinational Corporations through Law”, *New York University Journal of International Law and Politics*, vol. 36, 2004, pp. 307-329; S. JOSEPH, “Taming the Leviathans: Multinational Entreprises and Human Rights”, *Netherlands International Review*, vol. 46, 1999, n.º. 2, pp. 171-203, p. 175; K. SCHMALENBACH, “Multinationale Unternehmen und Menschenrechte”, *Archiv des Völkerrechts*, vol. 39, 2001, pp. 57-81. Véase también el Informe Report of the United Nations High Commissioner on Human Rights on the Responsibilities of Transnational Corporations and Related Business Enterprises with Regard to Human Rights, Doc. E/CN.4/2005/91, 15 de febrero de 2005.

<sup>124</sup> A este respecto, véase también el interesante estudio de J. J. PAUST, “Human Rights Responsibilities of Private Corporations”, *Vanderbilt Journal of Transnational Law*, vol. 35, 2002, pp. 801-825. Este autor parte de la premisa conocida de que estas empresas tienen un poder efectivo mayor que el de muchos Estados, por lo que sus decisiones pueden causar más daños que estos, debido también a sus actividades transnacionales. En esta misma línea, Surya Deva llega a señalar que: “The existing international framework of corporate human rights responsibility is inadequate because it does not prescribe clear human rights standards, is based upon flawed premises, relies excessively on status to enforce obligations, and offers no sanctions for non-compliance. There is, therefore, a need to establish a strong international mechanism as well as reconceptualise the guiding principles and approach of international law vis-a-vis MNCs. I argue that the proposed international mechanism should be based upon a partnership between the UN and the WTO for the promotion of human rights in the new economic order. The partnership, with active support from other international institutions, the media and NGOs, would both prescribe and enforce human rights standards against MNCs. Bringing human rights segues within the framework of the WTO, both at the stage of negotiation and of dispute settlement, would not only help regulate MNCs but would also provide sustainability and people’s support to the new economic order. Further, it is also important that international law abandons its indirect approach to deal with MNCs and recognises them as ‘secondary limited’ subjects, at least as far as human rights are concerned. MNCs should fall directly within the jurisdiction of international regulatory institutions, because the approach of indirect regulation has failed to deliver the desired results”. Cfr. “Human Rights Violations by Multinational Corporation and International Law: Where from Here?”, *Connecticut Journal of International Law*, vol. 19, 2003, pp. 1-57. De esta autora, ver también “UN’s Human Rights Norms for Transnational Corporations and Other Business Enterprises: An Imperfect Step in Right Direction?”, *ILSA Journal of International & Comparative Law*, vol. 10, 2004, pp. 493-523. Sobre estos aspectos, véase también S. RATNER, “Corporations and Human Rights: A Theory of Legal Responsibility”, *Yale Law Journal*, vol. 111, 2001, pp. 443-545; P. T. MUCHLINSKI, “The Development of Human Rights Responsibilities for Multinational Enterprises”, en SULLIVAN, R. (Ed.): *Business and Human Rights: Dilemmas and Solutions*, Greenleaf Publishing, 2003, pp. 33-51; W. M. MEYER, “Activism and Research on TNCs and Human Rights: Building a New International Normative Regime”, en J. G. FRYNAS y S. PEGG (Eds.), *Transnational Corporations and Human Rights*, London, Palgrave Macmillan, 2003, pp. 33-52; D. AGUIRRE, “Multinational Corporations and the Realisation of Economic, Social and Cultural Rights”, *California Western International Law Journal*, vol. 35, 2004, pp. 53-82.

<sup>125</sup> Cfr. A. C. CUTLER, “Critical Reflections on the Westphalia Assumptions of International Law and Organisation: a Crisis of Legitimacy?”, *Review of International Studies*, vol. 27, 2001, n.º. 2, pp. 133-150, p. 137.

cial económico y financiero tengan una debilidad jurídica a nivel internacional tan evidente. Y es que por mucho que algunos autores defiendan vehementemente la subjetividad internacional de estas empresas, amparándose sobre todo en la capacidad que se les ha reconocido a la hora de resolver ciertas controversias y de recurrir a determinados órganos internacionales<sup>126</sup> como, por ejemplo, el Centro Internacional de Arreglo de Diferencias Relativas a Inversiones, o al Tribunal Permanente de Arbitraje de La Haya<sup>127</sup>, lo cierto es que seguimos teniendo una situación francamente insatisfactoria, y jurídicamente hablando siguen sin tener una autonomía jurídica internacional propia.

**37.** La cuestión de la personalidad jurídica de las empresas transnacionales requiere la adopción de unos pasos previos que hasta el momento no se han dado. Y es que la pregunta que se suscita es la siguiente: ¿Cómo reconocer esa personalidad de forma abstracta, cuando todavía no conocemos su estatuto jurídico internacional? ¿Podemos hablar de su personalidad jurídica sin prejuzgar ese estatuto jurídico internacional? Sabemos que en el pasado muchos Estados del Tercer Mundo se oponían a una reglamentación internacional de estas empresas, amparándose en el argumento de que ese estatuto jurídico vendría a consagrar una realidad que no querían que se estableciera desde un punto de vista jurídico formal y que hubiese supuesto equipararlas al nivel de los Estados. Ya hemos apuntado las reticencias de estos países en las décadas de los setenta y ochenta frente a las actividades de muchas de ellas, pero no hay que confundir la subjetividad internacional con la soberanía, ya que se puede otorgar esa subjetividad sin soberanía, como es lógico. De una perspectiva similar partían también las tesis defendidas por la antigua Unión Soviética, al sostener que no podría reconocerse a estas empresas la personalidad jurídica porque no tenían una capacidad autónoma de acción a nivel internacional, pudiendo expresarse en este ámbito sólo por intermediación del Estado<sup>128</sup>. Pero es que, en realidad, no sólo los países del Tercer Mundo y la antigua Unión Soviética se oponían a un reconocimiento de la personalidad jurídica de estas empresas, sino también la mayoría de los gobiernos occidentales<sup>129</sup>. Más matizado a este respecto se muestran otros autores en relación con los países occidentales que apoyaban estas empresas, aunque sin reconocerles esa personalidad jurídica internacional *stricto sensu*<sup>130</sup>. Por lo tanto, aunque los que se mostraban más combativos eran los países del Tercer Mundo, a causa de las susceptibilidades ya apuntadas, lo cierto es que casi todos los gobiernos se oponían. Así las cosas, el debate sobre la personalidad jurídica de estas empresas tendría lugar casi exclusivamente a nivel doctrinal. Esta situación sigue presente en la actualidad.

## IX. Las empresas transnacionales en la actualidad jurídica internacional

**38.** A pesar de las controversias que se han suscitado en torno a estas empresas, hay un cierto consenso a la hora de reconocer que tienen tanto derechos sustantivos como deberes, así como también derechos procesales. Partiendo de esta premisa caben varias opciones a la hora de examinar si pueden ser sujetos o no de Derecho internacional. La primera sería no otorgarles ningún papel en el sistema jurídico internacional. La segunda sería proveerles de una cierta capacidad tanto formal, como material para participar en el desarrollo y aplicación del Derecho internacional que presente un cierto interés para ellas, dándoles en este caso posibilidades para poder participar al menos en el proceso normativo. La tercera sería reconocerles en ciertas áreas específicas del Derecho internacional, derechos y deberes dentro del sistema. Y la cuarta consistiría en otorgarles plena capacidad asimilable a la de los Estados. De estas cua-

<sup>126</sup> Por ejemplo, cfr., N. JAGERS, "The Legal Status of the Multinational Corporation under International Law", en M. ADDO (Ed.), *Human rights standards and the responsibility of transnational corporations*, op. cit., pp. 264-265.

<sup>127</sup> Esto es ahora posible tras haberse enmendado sus reglas de procedimiento.

<sup>128</sup> A este respecto, cfr. P. DUMBERRY, "L'entreprise sujet de droit international?: retour sur la question à la lumière des développements récents du droit international des investissements", *Revue générale de droit international public*, vol. 108, 2004, n.º.1, pp. 103-122.

<sup>129</sup> Cfr. *Restatement of the Law (Third), Foreign Relations Law of the United States*, Vol. 1, St. Paul, American Law Institute, 1987, pp. 70-71.

<sup>130</sup> Tal es el caso de A. A. FATOUROS, "The Implementation of International Codes of Conduct: An Analysis of Future Experience", *American University Law Review*, vol. 30, 1981, pp. 941-972, p. 947; M. STANLEY, "International Codes of Conduct for MNC's: A Sceptical View of the Process", *American University Law Review*, vol. 30, 1981, pp. 973-1008, p. 986.

tro posibilidades, es evidente que ni la primera ni la cuarta son realistas, por lo que parece obvio que la cuestión esencial sería determinar cuál de las opciones segunda o tercera es la más apropiada y realista en el mundo actual. A mi juicio, estas dos opciones encierran una mayor dosis de fiabilidad y de flexibilidad, y como se verá a continuación, todo apunta a que en estos momentos la segunda opción parece reflejar con justicia la sociedad actual, aunque existen ciertas reivindicaciones por progresar hacia la tercera.

39. La cuestión que surge en este contexto es, pues, saber si estas empresas transnacionales son “objetos” de Derecho internacional que se benefician de la protección del Derecho internacional, o si son sujetos de Derecho internacional. La respuesta a esta disyuntiva dependerá de la elección que se haga de los criterios jurídicos para su evaluación. Para los clásicos, o puristas u ortodoxos del Derecho internacional, estas empresas son solo objetos, sobre todo si se parte de forma abstracta de la estructura del Derecho internacional. Pero si, por el contrario, uno se centra en qué sucede hoy en día *de facto* en la sociedad internacional, podrían considerarse razonablemente como sujetos activos del Derecho internacional. Ambas tesis tienen sus defectos y sus virtudes. Y es que las empresas transnacionales tienen un cierto carácter *híbrido*, con elementos de objetos y también de sujetos, tal y como se refleja perfectamente en ámbitos como los derechos humanos, la responsabilidad internacional, la protección diplomática y en materia de jurisdicción, por ejemplo<sup>131</sup>. Y es que en muchos casos, al llevarse a cabo las funciones en estos ámbitos, el papel de los Estados y de las empresas transnacionales se entrecruzan y se interrelacionan entre sí por lo que hay que descubrir qué funciones han tenido uno y otro en cada caso, ya que sería muy difícil que solo fuera uno de ellos el responsable.

### 1. Argumentos de aquellos que, a pesar de todo, niegan la subjetividad internacional de estas empresas

40. Aquellos que se oponen al reconocimiento de la personalidad jurídica de estas empresas invocan entre sus argumentos la propia estructura del Derecho internacional, al defender que no tienen cabida en este sistema jurídico<sup>132</sup> y presentan serios problemas a la hora de integrarlos en un sistema jurídico como el internacional, pudiendo causar tensiones entre los Estados. Que estas empresas tienen difícil encaje en el Derecho internacional, es evidente, tanto en el tradicional como en el actual, aunque pensamos que se podrían abrir ciertos cauces en este último, como veremos más tarde. No obstante, conviene recalcar que estas razones estructurales no se invocan sólo para oponerse a la personalidad jurídica de las empresas exclusivamente. Por eso son numerosos los autores que abordan este tema de forma general, sosteniendo que estas personas privadas a lo máximo que pueden aspirar es, lo que Prosper Weil denomina “l’*étrange théorie de la personnalité relative*”. Y es que, según este autor, la personalidad internacional de cada una de estas personas comprenderá una dosis variable de ciertos derechos y determinadas obligaciones de los Estados, quedando el Estado como el sujeto internacional de referencia, por lo que habrá personas y personas dejando aparte el Estado, por supuesto<sup>133</sup>.

<sup>131</sup> A este respecto, cfr., F. MARRELLA, “Protección internacional de derechos de l’homme et activités des sociétés transnacionales”, op. cit., pp. 87 y ss. Véase también V. LOWE, “Corporations as International Actors and International Law Makers”, op. cit., pp. 26 y ss.

<sup>132</sup> Esta es la opinión, por ejemplo, de Louis Henkin, cuando señala que “Multinational enterprises create also huge complications for traditional international legal concepts and trouble relations even among developed States. In principle, a multinational enterprise is not a *person* under international law. The multinational enterprise lives within the international system as a national of the State of incorporation and is subject to the law of any State in which it acts. But inter-corporate relations spread multinational enterprises to many States, causing turbulence in the law governing a State’s jurisdiction to prescribe law and creating difficulties between the State of the parent company and the State (or States) in which branches are located, the State (or States) of subsidiaries, the States in which certain activities occur or in which certain property is situated”. The emergence of multinational enterprises has led to pressures on the traditional law governing nationality. In *Barcelona Traction*, we have seen, the International Court of Justice rejected an effort by a State of nationality of shareholders to pierce the “corporate veil...” The State that admits a foreign company generally does not thereby have to accept diplomatic protection by a State whose nationals hold shares in the company. I have suggested that the emergence of multinationals requires rethinking the metaphor of corporate nationality. Cfr. “International Law: Politics, Values and Functions”, General Course on Public International Law, *Recueil des Cours*, T. 216, 1989-IV, pp. p-416, p. 199.

<sup>133</sup> Cfr. P. WEIL, “Le droit international en quête de son identité”, Cours général de droit international public, *Recueil des*

En cambio, según la doctrina clásica, es el Estado el sujeto principal, cuando no el único, del Derecho internacional. Por ello, el Profesor Mahiou es claro al apuntar que: “*au regard du droit international public classique, les sociétés transnationales n’existent pas comme sujets juridiques puisqu’elles ne sont pas directement soumises à ses règles et elles ne peuvent pas ester en justice, car les tribunaux internationaux sont réservés aux Etat et accessoirement, aux organisations internationales*”<sup>134</sup>. Inútil de señalar que esta afirmación tan real no concuerda con la sociedad internacional actual, no porque los Estados hayan dejado de ser sujetos primarios u originarios del Derecho internacional, sino porque el concepto de “sujeto” y los “sujetos” se han venido ampliando *de facto* y *de lege*. No obstante, no se comprende muy bien que una buena parte de la doctrina internacionalista acoja con relativa facilidad la subjetividad internacional del individuo y, sin embargo, se niegue a dispensar el mismo trato a las otras personas privadas, como son las empresas transnacionales, a las que solo se atreven a considerarlas como actores de las relaciones internacionales<sup>135</sup>. Estas ideas del Profesor Pellet contrastan con las del australiano James Crawford, quien niega categóricamente cualquier dosis de subjetividad internacional a estas empresas<sup>136</sup>.

**41.** Además, quienes se oponen a reconocer esta personalidad jurídica internacional a las empresas invocan también razones ideológicas o políticas que legitimarían unas actividades, consideradas en general como nefastas. Es más, incluso se ha invocado el riesgo que presentaría ese reconocimiento para la ideología económica liberal<sup>137</sup>. Otros, sin embargo, parecen recurrir a argumentos más jurídicos, señalando, entre otras razones, que ya son sujetos del derecho interno, por lo que no resultaría oportuno reconocerles además la personalidad internacional. Esta tesis ha sido sin embargo expresamente rechazada por Charles Leben<sup>138</sup>.

En el fondo de estas consideraciones, se puede apreciar una especie de conformismo con el sistema, por parte de algunos autores estimando que no es muy pragmático o realista pretender defender o imponer esa subjetividad internacional, mientras que otros piensan que todavía es algo prematuro y que no ha llegado su momento. Es decir no parece que su posicionamiento sea de oposición frontal, sino más bien se trataría de una cierta comodidad a la hora de abordar el sistema jurídico internacional. Como se puede apreciar, este debate no es conclusivo ni pacífico en la actualidad, aunque nos encontramos más próximos a la apertura que propugna el Profesor Alain Pellet que a la de James Crawford.

## 2. Argumentos para reconocer una cierta subjetividad internacional a estas empresas

**42.** Entre los argumentos invocados para que se reconozca la personalidad a estas empresas, hay que destacar uno que ya hemos comentado, y que no es ni más ni menos que el indiscutible y creciente papel que tienen como grandes actores en las relaciones económicas internacionales. Además, algunos

---

*Cours*, T. 237, 1992-VI, pp. 9-370, p. 101. De esta opinión es también CH. DOMINICE, “La personnalité juridique dans le système du droit des gens”, en J. MAKARCZYK (Ed.), *Theory of International Law at the Threshold of the 21 st Century: Essays in Honour of Krzysztof Skubiszewski*, The Hague, Kluwer Law International, 1996, pp. 147-171, pp. 154 y 163-164.

<sup>134</sup> Cfr. A. MAHIOU, “Le droit international ou la dialectique de la rigueur et de la flexibilité : cours général de droit international public”, *Recueil des Cours*, T. 237, 2009, pp. 9-516, p. 265.

<sup>135</sup> Esta distorsión está hoy en día muy extendida y así lo puso de manifiesto el Profesor Alain Pellet en su trabajo “Le droit international à l’aube du XXI siècle (La société internationale contemporaine. Permanences et tendances nouvelles)”, *Cursos Euromediterráneos Bancaja de Derecho Internacional*, Vol. I, Pamplona, Aranzadi, 1998, pp. 19-212, p. 98.

<sup>136</sup> A este respecto, señala que “Elsewhere, there is some tendency to elevate the status of transnational corporations, with the apparent aim of increasing their accountability... Some corporate entities are immensely powerful: they generate revenue larger than the GDP of many States, operate on a global basis and exercise considerable influence over domestic affairs. Influence, however, is not the same as legal capacity on the international plane, and the International Court’s insistence that corporations are creatures of domestic law... The present situation is untidy, and it is far from Hersch Lauterpacht’s vision of the individual as the ‘ultimate subject’ of international law. There is an expanding range of actors in the international system, but States very much remain the key-holders and gatekeepers of personality... The international law of personality is no doubt move open today but for key purposes it is still a law of exclusion, not participation”. Cfr. J. CRAWFORD, *Chance, Order, and Change: The Course of International Law: general course of public international Law*, Leiden, Martinus Nijhoff Publishers, 2014, 540p.

<sup>137</sup> Cfr. J. FLEUR, “The Invisibility of Transnational Corporation...” op. cit., p. 913.

<sup>138</sup> Para más detalles, véase de este mismo autor “Quelques réflexions théoriques à propos des contrats d’Etat”, en *Souveraineté étatique et marchés internationaux à la fin du xxe siècle : Mélanges en l’honneur de Philippe Kahn*, Paris, Litec, 2000, pp. 134-135.

son de la opinión de que cada vez más estas empresas transnacionales mantienen y desarrollan unas importantes relaciones económicas con los Estados, relaciones que son cada vez más complejas y más cercanas al Derecho internacional público que al privado<sup>139</sup>, lo que parece evidente. Precisamente por eso, desde un punto de vista pragmático y realista aparecen como “participantes” de la evolución del Derecho internacional<sup>140</sup>. Es más, si los países en desarrollo se mostraron muy combativos con las empresas transnacionales en los años setenta y ochenta, las nuevas circunstancias que iban a estar presentes en la sociedad internacional a finales del siglo pasado, con el derrumbe socialista por un lado, y por la globalización por otro, van a traer consigo nuevas maneras de abordar la cuestión, abandonando los países en desarrollo su lucha a ultranza contra estas empresas, lucha que fue siempre más formal que real, para convertirse en países que intentan hacer todo lo posible para atraer sus inversiones, filosofía que va a estar presente en el Pacto Mundial del año 2000.

**43.** Decir que son “participantes” de esa evolución, es obvio, pero el problema es saber “cómo” y en calidad de “qué”, ya que no todos los actores que participan en las Relaciones Internacionales son, como ya hemos apuntado, ni tienen en teoría que ser, sujetos de Derecho internacional. No obstante, hay que reconocer que en el ámbito de los contratos de Estado<sup>141</sup>, algunos autores piensan que existe una relación de igualdad entre el Estado y la empresa<sup>142</sup>, a pesar de que esa posición jurídica de la empresa se derive de la voluntad del Estado. Esa relación de igualdad existiría sólo en relación con dicho contrato, ya que como afirmaba el Profesor Ángel Chueca Sancho<sup>143</sup>, la cuestión de la subjetividad internacional de estas empresas debe hacerse teniendo siempre presente que admitir esa personalidad no implica ascenderlas al nivel de la de los Estados, pues una cosa es personalidad jurídica y otra es soberanía. Es decir, que el otorgarles esa personalidad no significa convertirlas en sujetos soberanos<sup>144</sup>.

De esta opinión era también Julio Barberis quien hizo certeros comentarios sobre estos acuerdos denominados *quasi* internacionales<sup>145</sup>. Este autor profesor argentino rebatía las tesis sostenidas por algunos autores de que estos acuerdos *quasi* institucionales fundamentan su validez en un orden jurídico interno, incluso cuando reenviaran a la aplicación de los principios generales del Derecho o de otras normas internacionales. Es decir, que los principios generales si se aplican, esto se debe a que el Estado autoriza a los contratantes a hacerlo. Para Julio Barberis, esta construcción no se deducía fielmente de la práctica internacional, por lo que señala que:

*“Nous avons indiqué... que les accords quasi internationaux prévalent sur le droit interne, et qu'il en a été ainsi décidé dans les affaires où le problème d'inconstitutionnalité a été soulevé. S'il s'agissait d'accords fondés sur le droit interne, l'on aurait dû décider qu'ils étaient nuls ou inconstitutionnels. En outre, la jurisprudence a toujours reconnu aux parties la plus large autonomie dans le choix du droit applicable et il n'existe aucun cas dans lequel l'arbitre ait examiné si cette autonomie était autorisée ou non par le droit interne. Il faut ajouter aussi que l'existence d'une procédure arbitrale absolument indépendante de la juridiction nationale est incompatible avec l'idée que les accords quasi internationaux relèvent du droit étatique”*<sup>146</sup>.

**44.** Otros, sin embargo, han ido más lejos al considerar que por el mero hecho de que los Estados hayan promovido unos códigos de conducta para estas empresas revela que, a pesar de que dichos códigos no sean vinculantes, existe una voluntad general de otorgarles una cierta personalidad interna-

<sup>139</sup> A este respecto, véase por ejemplo, A. FATOUROS, “Transnational Enterprises in the Law of State Responsibility”, op. cit., p. 384.

<sup>140</sup> Cfr. O. MARTÍN-ORTEGA, *Empresas multinacionales y Derechos humanos...*, op. cit., p. 65 y bibliografía allí citada.

<sup>141</sup> Sobre el contrato de Estado, cfr., J-M. JACQUET, “Contrat d'Etat”, en *Jurisclasseur de droit international*, Vol. 9, fasc. 565-60, 1990, 36 p., y bibliografía allí recogida.

<sup>142</sup> Cfr., por ejemplo, D. ADELAYO JALAYE, *The Extension of Corporate Personality in International Law*, New York, Oceana Publications, 1978, p. 244.

<sup>143</sup> De este autor, ver el interesante estudio “Contratos entre Estados y empresas extranjeras y Derecho internacional”, *Cursos de Derecho internacional Vitoria-Gasteiz*, Madrid, Tecnos, 1989, pp. 311-378.

<sup>144</sup> *Ibid*, p. 318.

<sup>145</sup> Cfr. J. BARBERIS, “Les nouvelles questions concernant la personnalité juridique internationale”, op. cit., pp. 189-206.

<sup>146</sup> *Ibid*, p. 204.



cional<sup>147</sup>. Es evidente que los autores que propugnan de esta forma el reconocimiento de la subjetividad internacional de las empresas lo hacen con el fin de ejercer sobre ellas un mayor control<sup>148</sup>. Y es que algunos de estos autores recelan de los efectos que puedan tener sus actividades económicas transnacionales, como ya hemos puesto de manifiesto, y piensan que con un marco jurídico más claro, estarían más controladas. Sobre estas cuestiones el Profesor Lowe apunta que “*the answer... is more a matter of taste than of logic. We might insist that it is only the acceptance of corporate claims by States, and not their making by corporations, that is legally relevant. We might say that the powers of corporations all derive ultimately from States, so that any authority their actions may have is the authority of State*”<sup>149</sup>.

45. Respecto a nuestra opinión, pensamos que ya hemos mostrado indicios de que somos partidarios de reconocer una cierta subjetividad a estas empresas. Es más, son numerosos los casos, cada vez más, en los que se les reconoce esa personalidad en determinados ámbitos, como por ejemplo, en materia de inversiones. En efecto, es muy habitual en la práctica reciente que las empresas pueden recurrir al CIADI<sup>150</sup>, siempre que se trate de un tratado multilateral de un Estado, por el mero hecho de ser parte en ese tratado que otorga a la empresa extranjera, cuyo Estado sea también parte en el tratado, el derecho a recurrir a un tribunal arbitral internacional siempre y cuando estime que ese Estado ha violado sus obligaciones en materia de inversiones, a pesar de que no existe un contrato entre ellos<sup>151</sup>.

Conviene poner siempre de relieve que, en estos casos, la empresa es destinataria de normas jurídicas determinadas, y no de normas jurídicas de Derecho internacional. Esas normas que pueden invocar son aprobadas por los Estados, que son quienes ratifican los tratados, y no las empresas. Por eso, la empresa transnacional no puede ser un sujeto como los Estados, ya que estará sometida a las reglas de derecho establecidas por los Estados sin poder participar ni en el proceso de su elaboración ni en el de su extinción, al menos *stricto sensu*, es decir, de forma directa como si fuera un Estado. Así las cosas, la empresa sólo podrá ser un sujeto con capacidad limitada y derivada. Pero es que, además, la empresa no puede ser ahora un sujeto cuya existencia sea “objetiva”. Sólo puede ser un sujeto “menor” de Derecho internacional, ya que sus derechos u obligaciones no proceden del Derecho internacional general, sino de un instrumento jurídico determinado. Pero, siguiendo este hilo conductor, su subjetividad será también sólo “funcional”, es decir, el alcance de sus derechos y obligaciones vendrá predeterminado por los Estados, y no por el Derecho internacional. Esto ocurre no sólo en materia de inversiones, sino también en otros ámbitos como el de los derechos humanos<sup>152</sup>.

<sup>147</sup> Cfr. K. DEL PONTE, “Formulating Customary International Law: An Examination of the W.H.O. International Code of Marketing of Breastmilk Substitutes”, *Boston College International and Comparative Law Review*, vol. 5, 1982, n° 2, pp. 377-403, p. 387.

<sup>148</sup> A este respecto, cfr. C. DAY WALLACE, *The Multinational Enterprise and Legal Control, the Host State Sovereignty in an Era of Economic Globalization*, The Hague, Martinus Nijhoff Publishers, 2002, 1085 p.

<sup>149</sup> Cfr. V. LOWE, “Corporations as International Actors and International Law”, op. cit., p. 24.

<sup>150</sup> Centro Internacional de Arreglo de Diferencias Relativas a Inversiones, creado en el seno del Convenio de Washington de 1965, en el marco del Banco Mundial.

<sup>151</sup> Entre estos tratados multilaterales conviene citar al relativo a la Carta de la Energía, en vigor desde el 16 de abril de 1998; el Protocolo de Colonia para la protección recíproca de inversiones en el Mercosur, firmado el 17 de enero de 1994, pero no está en vigor (sobre este Protocolo, cfr. A. CANO LINARES, “Mercosur y los Protocolos de Colonia y de Buenos Aires: una tentativa de acuerdos subregionales de promoción y protección recíproca de inversiones”, *Revista Electrónica Iberoamericana*, 2007, Vol. I, n° 2, pp. 31-40); tampoco está en vigor el Protocolo de Buenos Aires precitado; el Acuerdo Multilateral de Inversiones de la OCDE se paralizó; sin embargo el recurso de las empresas al arbitraje sí que se recoge en los artículos 17 y 18 del Acuerdo de Libre Cambio de Cartagena, entre Colombia, México y Venezuela, en vigor desde el 1 de enero de 1995; por último también existe esa posibilidad en el marco del Tratado de Libre Cambio para América del Norte (NAFTA).

<sup>152</sup> Sobre estos aspectos, cfr. P. DUMPERRY, “L’entreprise sujet de droit international?...”, op. cit., pp. 112 y ss.; y O. MARTÍN-ORTEGA, *Empresas internacionales y Derechos humanos...*, op. cit., pp. 63-65. Sobre esta cuestión de derechos humanos, véase también A. CLAPHAM y S. JERBI, “Categories of Corporate Complicity in Human Rights Abuses”, *Hasting International and Comparative Law Review*, vol. 24, 2001, n° 3, pp. 339-349. Estos autores se centran en la cuestión de saber cual puede ser el grado de responsabilidad de estas empresas al llevar a cabo operaciones comerciales (negocios) en un país que viola los Derechos humanos ¿No se están haciendo cómplices de esa violación? A este respecto, señalan que “The boundaries of what is expected from business, and what a state is obliged to do under international law, cannot be neatly drawn. It must be stressed, however, that governments do still possess wide powers over – and primary responsibility for – the well-being of their citizens and for the protection of human rights. Corporations, even as they agree to take on greater responsibility in the human rights field, do not have the same legal duties as states under international law and cannot be expected to substitute for the role of

De esta forma – en definitiva – el debate en torno a la subjetividad internacional de estas empresas pierde bastante valor y todo dependerá si se adopta una tesis que algunos denominarán “estricta” o no. Pero este debate no es exclusivo del tema que nos ocupa, como se sabe, sino que también concierne a otros sujetos. Hay que reconocer, sin embargo, que una vez que se ha abierto la espita de la subjetividad internacional, negar sin más esa calidad a estas empresas (siempre, por supuesto, que se tome en consideración los límites previamente apuntados) implicaría situarse fuera del Derecho internacional vigente en nuestros días.

46. En estas circunstancias, pensamos que ha llegado el momento de reexaminar a fondo el concepto de la subjetividad internacional de estos importantes actores a nivel internacional para adaptar su personalidad jurídica al peso que tienen en el orden económico internacional<sup>153</sup>. Y es que hemos pasado de una época en que estas empresas eran, sí, muy importantes en el plano económico internacional, aunque suscitaban grandes recelos en muchos Estados, a otro en la que los Estados se hacen una fuerte competencia para atraer sus inversiones<sup>154</sup>, competencia que se ha reforzado con la globalización<sup>155</sup> y con la llegada de los grandes y nuevos países denominados “emergentes”. No sólo en el ámbito estrictamente económico se nota esta evolución, sino también en el Derecho internacional en general, ya que como señala Tomuschat, hay que transformarlo en lo que él ha denominado “comprehensive blueprint for social life”<sup>156</sup>. Para este profesor alemán, “la globalización no está confinada sólo al ámbito económico, sino que se ha convertido de un día para otro en un fenómeno que afecta a todas las áreas sociales, que están interrelacionadas entre sí”<sup>157</sup>. Si además añadimos el hecho, ya apuntado, de que el Derecho internacional debe ser un Derecho realista capaz de adaptarse a los cambios que se producen en la escena internacional<sup>158</sup>, el camino a seguir parece muy claro.

47. Hay que reconocer que las propias empresas no hacen de la subjetividad internacional un objetivo que sea considerado por ellas como imprescindible, ya que su estatuto actual y las incertidumbres que genera las sitúa dentro de un margen de confort razonable, debido sobre todo a las múltiples filiales que suelen tener en varios Estados, y de su peso económico. Este hecho les permite así elegir su territorio de producción y, por ende, la legislación más favorable. Esta libertad de la que han disfrutado, y que no han perdido del todo todavía, ha sido la que ha llevado a regular sus actividades sobre todo en materia de Derechos humanos y de medio ambiente. Ni que decir tiene que esta regulación ilustra bien el interés de la sociedad internacional en estas empresas, ya que si no se les considera como sujetos de Derecho internacional ¿cómo van a poder violar el Derecho internacional? Esta situación acarrea que la mayoría de las jurisdicciones internacionales no puedan juzgar los asuntos en los que esté presente una empresa transnacional, salvo recurriendo obviamente al mecanismo de la protección diplomática<sup>159</sup>. Tal

---

governments”, p. 3. Y refiriéndose expresamente a la responsabilidad, se preguntan: “What is the responsibility of a business with operations in a country where human rights violations are widespread or where company revenues help support an oppressive regime? Should a corporation be expected to influence government policies concerning human rights and the rule of law? What role should business play in conflict prevention and resolution or in development efforts?”. La respuesta que dan es que la responsabilidad del Estado no les exime a estas empresas de su responsabilidad, poco importa que esa complicidad sea directa, indirecta o silenciosa.

<sup>153</sup> A este respecto, A. Clapham señala que: “We have an international legal order that admits that states are not the only subjects of international law. It is obvious that non states entities do not enjoy all the competences, privileges, and rights that states enjoy under international law, just as it is clear that states do not have all the rights that individuals have under international law... We need to admit that international rights and duties depend on the capacity of the entity to enjoy those rights and bear those obligations; such rights and obligations do not depend on the mysteries of subjectivity”. Cfr. *Human Rights Obligations of Non-State-Actors*, op. cit., pp. 68-69.

<sup>154</sup> Cfr. P. T. MUCHLINWIKI, *Multinational Enterprises and the Law*, Oxford, Second Edition, Oxford University Press, 2007, pp. 3 y ss.

<sup>155</sup> S. HOBE, “The Era of Globalisation as a Challenge to International Law”, *Duquesne University Law Review*, vol. 40, 2002, pp. 655-665.

<sup>156</sup> Cfr. CH. TOMUSCHAT, “International Law: Ensuring the Survival of Mankind on the Eve of a New Century”, General course on Public International Law, *Recueil des Cours*, T. 281, 1999, pp. 9-438, p. 63.

<sup>157</sup> *Ibid*, p. 41.

<sup>158</sup> Cfr. J. I. CHARNEY, “Transnational Corporations and Developing Public International Law”, op. cit., pp. 869 y ss.

<sup>159</sup> Los problemas que pueden suscitarse al recurrir al mecanismo eventualmente de la protección diplomática, ha sido en

es el caso de la Corte Internacional de Justicia, pero también de la OMC, salvo que se trate en este último caso del procedimiento de *amicus curiae*.

Ante esta realidad, pensamos, pues, que es necesario reorientar todo lo relacionado con la personalidad jurídica internacional para adaptarla a las nuevas necesidades, tomando en consideración todas las circunstancias que encontramos en la sociedad internacional. Por eso, habrá que considerar que una de las funciones principales de la subjetividad internacional debe ser la de servir de herramienta que permita articular y defender los valores esenciales del orden jurídico internacional. Conviene insistir, por tanto, en el hecho de que el Derecho internacional requiere que se establezca de forma clara entre todos aquellos actores que participan activamente en la sociedad internacional, y las empresas transnacionales lo son, un marco jurídico claro que regule esas relaciones<sup>160</sup>. En estos momentos, las funciones económicas, sociales y de otro tipo que tiene satisfacer el Derecho internacional, sólo podrán llevarse a cabo si se reconoce un mayor reparto de poder entre esos actores. Como ha señalado Klabbers, es evidente que esto sólo se conseguirá “through subjects doctrine that the international allocation of values take place”<sup>161</sup>.

**48.** Es evidente que la situación actual en relación con la subjetividad internacional de las empresas transnacionales es no sólo insatisfactoria, sino chocante. El profesor Fernández Liesa lo manifiesta gráficamente cuando se refiere a las “insuficiencias del Derecho internacional” en relación con los actores no estatales<sup>162</sup>. Que se haya avanzado tanto en el ámbito de la liberalización económica y, por ende, de la competencia al hilo de la globalización, y tan poco en cuanto a su subjetividad, revela que algo no está funcionando bien, sobre todo cuando, dejando al margen los Estados, estas empresas son los actores económicos más poderosos<sup>163</sup>. Por lo tanto, un cambio en relación con los sujetos de Derecho internacional parece ser, para algunos “... a requirement dictated by the *raison du système international* as opposed to the *raison d’Etat* dominating the traditional world of international law”<sup>164</sup>. Y es que a la luz del peso que tienen las empresas transnacionales en el mundo de las relaciones internacionales, se podría decir que cabe la “presunción” de que podrían considerarse con una mayor capacidad de subjetividad que la que realmente tienen<sup>165</sup>.

**49.** Todo esto que acabamos de apuntar en relación con la subjetividad de las empresas transnacionales, requiere – sin embargo – una precisión más. Y es que difícilmente se puede avanzar en este campo sin que previamente se les otorgue un “estatuto jurídico internacional”. Si hay hoy en día más de cien mil empresas transnacionales, no todas merecen tener la subjetividad internacional a la que hemos estado refi-

---

realidad el origen del CIADI, previsto en el conocido Convenio de Washington de 1965, en el que los particulares (personas físicas o morales) tienen acceso directo a un tribunal arbitral igual que los Estados. Los Estados parte de este Convenio aceptan así renunciar al ejercicio de la protección diplomática en el caso de que surja un litigio entre sus ciudadanos y otro Estado parte del Convenio. Esto ha sido considerado como el primer paso en el reconocimiento de estas empresas de una cierta subjetividad internacional, aunque se diga que, si esto es así, es porque su Estado es parte en el Convenio.

<sup>160</sup> A este respecto, cfr. D. THÜRER, “The Emergence of Non-Governmental Organizations and Transnational Enterprises in International Law and the Changing Role of the State”, en R. HOFMANN (Ed.), *Non-State Actors as a New Subjects of International Law*, 1999, Berlin, Duncker & Humblot, pp. 37-58, p. 58. Véase también D. ESHANOV, “The Role of Multinational Corporations from the Neo-institutionalist and International Law Perspectives. The Concept of the Three-Level Game”, *New York University Environment Law Journal*, vol. 16, 2008, n° 1, pp. 110-169.

<sup>161</sup> Cfr. J. KLABBERS, “I Can’t Get No Recognition: Subjects Doctrine and the Emergent of Non-State Actors”, en J. PETMAN y J. KLABBERS (Eds.), *Nordic Cosmopolitanism – Essays in International Law for Martti Koskenniemi*, Leiden, Martinus Nijhoff, 2003, pp. 351-369, p. 369.

<sup>162</sup> Cfr. C. FERNÁNDEZ LIESA, “Sujetos de Derecho y Actores no estatales: cuestiones de Derecho Internacional”, *Anuario Español de Derecho Internacional*, vol. 34, 2018, pp. 87-113, p. 108.

<sup>163</sup> Cfr. J. CHARNEY, “Transnational Corporations and Developing Public International Law”, op. cit., p. 768; y E. A. DURUIGBO, *Multinational Corporation and International Law: Accountability and Compliance Issues in the Petroleum Industry*, New York, Transnational Publishers, 2003, 254 p., p. 203.

<sup>164</sup> Cfr. D. THÜRER, “The Emergence of Non-Governmental Organizations and Transnational Enterprises...”, op. cit., p. 58. Por otro lado, Chris Okeke ya señalaba en 1974 que, “if international law failed to influence and to regulate adequately the course of international relations, it would have lost its value”. Cfr. *Controversial Subjects of Contemporary International Law. An Examination of the New Entities of International Law and their Treaty Making Capacity*, Rotterdam University Press, 1974, p. 217.

<sup>165</sup> Sobre las presunciones en Derecho internacional, véase la obra de J. M. GROSSEN, *Les présomptions en droit international public*, Neuchâtel, Editions Delachaux et Niestlé, 1954, pp. 53 y ss.

riéndonos anteriormente. Y es que, cuando se alude a estas empresas, no nos estamos refiriéndonos a esas empresas que, aunque formalmente hablando sean transnacionales, no tienen el peso suficiente para considerarlas como grandes actores internacionales. Habría por lo tanto que establecer en ese estatuto jurídico los criterios y requisitos pertinentes para saber exactamente cuando estamos ante una empresa de este tipo o no. Entre esos criterios se podría citar el capital necesario, su cifra de negocios, el número de Estados en el que deberían estar presentes o cualquier otro elemento que revele el grado y nivel de sus actividades. Y es que a nadie se le escapa la diferencia entre una empresa transnacional, cuyos negocios sean de unos 100 millones de Euros con otra de 100.000. La primera ni es un actor relevante ni sus actividades parecen plantear riesgos potenciales, pero la segunda sí. Sabemos que se nos podrá reprochar que ese mismo análisis se puede hacer para los Estados, entre los que la desigualdad real entre unos y otros reina por doquier. Sin embargo, mientras que en estos últimos tenemos el concepto de *soberanía*, elemento clave del sistema jurídico internacional, no es posible recurrir a este concepto en el caso de las empresas.

**50.** Numerosos autores, sobre todo originarios de países del Tercer Mundo, se han mostrado contrarios a otorgarles este estatuto jurídico, argumentando que eso crearía un fenómeno que permitiría poner a estas empresas al nivel de los Estados. Este pensamiento, sin embargo, no se sostiene, pues implicaría confundir personalidad jurídica con soberanía, que son atributos jurídicos muy distintos, pues se puede crear u otorgar esa personalidad internacional sin que sean entes soberanos. Además, en la actualidad se reconoce que el concepto de soberanía tiene un alcance cada vez más relativo, por lo que si se invoca esta dificultad a las empresas aludiendo viejos prejuicios o querellas pasadas difícilmente evolucionará el Derecho internacional, aunque somos conscientes de que algo está cambiando, incluso en los países en desarrollo, y no solo en los emergentes.

Así las cosas, conviene apuntar que las empresas transnacionales, y en general otros actores no estatales internacionales, pueden contribuir al desarrollo del Derecho internacional a través de la creación de estándares internacionales que mitiguen o moderen la aplicación de ciertos principios que gozan de un gran consenso internacional, como ocurrió en 2003 en el Caso Land Reclamation (Malasia v. Singapur) en el Tribunal Internacional del Derecho del Mar. Y es que, en este caso, el tema era saber no tanto si el Derecho internacional tenía o no en su cuerpo normativo estándares aplicables en materia de navegación, sino de ver cuál de ellos podía ser más útil para resolver aquel caso. Así pues, ante la imposibilidad de los representantes de los Estados de llegar a un acuerdo en torno a la aplicación de aquellos estándares, fueron las ONG's con intereses en la materia en los Estados quienes adoptaron los estándares en el seno de la Asociación Mundial de Infraestructura de Transporte Acuático que representa los puertos, la navegación y los intereses de los armadores<sup>166</sup>. Otro ejemplo podría ser el papel que desempeñan las empresas transnacionales en los arbitrajes en materia de inversiones a la hora de cuantificar los eventuales daños, y que tiene suma importancia, pues están en juego muchos millones que van a depender de cómo se haga la evaluación. Estos ejemplos ilustran con claridad el papel de estas empresas en la creación de estándares internacionales al mediar en la aplicación de los amplios principios jurídicos creados por los Estados.

## X. Conclusión

**51.** Los problemas referentes a las empresas transnacionales en el ámbito del Derecho internacional no son nuevos, aunque con la globalización, la necesidad de encontrar alguna solución al respecto es más acuciante que nunca, sobre todo en relación con la subjetividad. Constituye una gran incoherencia en el sistema jurídico internacional que los principales actores económicos internacionales tras los Estados, como son estas empresas, no puedan contribuir con toda su fuerza a la evolución del Derecho internacional por su débil capacidad jurídica tanto a nivel activo, como pasivo. Esto trae consigo un cierto alejamiento del Derecho internacional de la realidad económica y social internacional actual. Si partimos de la premi-

---

<sup>166</sup> Cfr. T. TREVES, "The International Tribunal for the Law of the Sea", *Italian Yearbook of International Law*, vol. 13, 2003, pp. 157-169.

sa de que un reforzamiento de la personalidad jurídica de estas empresas no sólo es posible, sino que es necesario, esto nos permitiría romper con esa famosa frase que pronunciara Kant en 1793, según la cual “on the common saying: This may be true in theory, but it does not apply in practice”<sup>167</sup>. Esperando, pues, que la teoría y la realidad vayan de la mano, y siendo conscientes del negativo papel que algunas de estas empresas, en este caso financieras, han desempeñado en la actual crisis financiera internacional, es cada vez más urgente regularlas, estableciendo para ellas un estatuto jurídico claro a nivel internacional.

**52.** Es cierto que la Corte Internacional de Justicia ha insistido, y lo sigue haciendo, que las empresas transnacionales son creadas y reguladas por los Estados, incluso cuando operan fuera del ámbito territorial del Estado en el que se han creado, como lo señaló en los asuntos *Anglo-Iranian Oil Company*<sup>168</sup>, *Barcelona Traction*<sup>169</sup> y más recientemente en el asunto *Diallo*<sup>170</sup>. Sin embargo, esto no es óbice para poder señalar que no hay por qué seguir estricta y literalmente las opiniones de este alto Tribunal, pues sus decisiones solo son vinculantes para los Estados parte en la controversia. Y esto ha ocurrido también con otras figuras o problemas que se han planteado a nivel internacional como ha sido el caso con la legítima defensa, en donde precisamente muchos Estados no solo no comparten las opiniones expresadas por este Tribunal en sus decisiones, sino que actúan incluso contra ellas. Es evidente que el Derecho internacional debe progresar también en materia de la subjetividad internacional para reconocer a las empresas transnacionales a nivel jurídico internacional el peso que, como grandes actores que son a nivel económico, tienen en las Relaciones Internacionales.

**53.** No es fácil decir en la actualidad ni que las empresas no son sujetos, ni objetos, ni personas como los individuos, sino que tienen elementos de todos ellos, por lo que deben ser tratadas como entes *sui generis*. Pero tampoco se les debe considerar como objetos pasivos del Derecho internacional sin responsabilidad alguna a la hora de aplicar el Derecho internacional. Es más, conviene sin embargo tomar en consideración el papel que desempeñan en el desarrollo del Derecho internacional y, por sus características, en beneficio también del desarrollo económico y social, algo que, a pesar de las críticas, es cada vez más evidente<sup>171</sup>.

**54.** Nunca en la sociedad internacional las empresas transnacionales han tenido tanta importancia como en la actualidad. A pesar de que se han dado pasos importantes en el Derecho internacional, la pregunta que se suscita es si esto ha sido suficiente o si hay que seguir diseñando una participación mayor con el fin de regular muchos ámbitos económicos internacionales cuya influencia se expande sobre cuestiones que son vistas como vitales en la actual sociedad internacional como puede ser la protección del medio ambiente y todos los aspectos relacionados con la protección de los derechos humanos. Para todo ello se revela necesario que vayan adquiriendo mayor dosis de participación en el desarrollo de las nuevas normas que afectan a todos estos campos, si es que se quiere impedir que las normas sean pura y simplemente inaplicables, y que surjan innecesariamente conflictos entre estas empresas y los Estados. Si esto no se lleva a cabo, es evidente que se producirán graves distorsiones entre la teoría y la realidad internacional como ha ocurrido en otros ámbitos del Derecho internacional, especialmente en materia de uso de la fuerza. Y es que no se puede ocultar que actores internacionales tan importantes a nivel internacional, sobre todo a nivel económico, como es el caso de estas empresas, no se las haya invitado a participar de una forma más activa en el sistema jurídico internacional, con la excusa no muy fundada en muchos casos, de que pueden representar ciertas amenazas a la sociedad internacional como si estuviéramos todavía en las décadas de los sesenta y setenta del siglo pasado.

<sup>167</sup> Cfr. I. KANT, “On the Common Saying: This May Be true in Theory, but It Does Not Apply in Practice”, en S. CAHN (Ed.), *Classics of Political and Moral Philosophy*, Oxford, Oxford University Press, 2001, p. 792.

<sup>168</sup> Cfr. *ICJ, Reports*, 1952, p. 102 y 112.

<sup>169</sup> *ICJ, Reports*, 1970, pp. 33-34 (párrafos 38-39).

<sup>170</sup> *ICJ, Reports*, 2010, pp. 675-676.

<sup>171</sup> Cfr. V. LOWE, : “Corporations as International Actors and International Law Makers”, op. cit., p. 38.

# TAX JUSTICE ISSUES IN THE EUROPEAN UNION

## CUESTIONES DE JUSTICIA TRIBUTARIA EN LA UNIÓN EUROPEA

CARLOS MARÍA LÓPEZ ESPADAFOR

*Full Professor of Financial and Tax Law  
University of Jaén*

ORCID ID: 0000-0002-5994-2196

Recibido: 12.03.2019 / Aceptado: 23.03.2019

DOI: <https://doi.org/10.20318/cdt.2019.4956>

**Abstract:** One of the basic preliminary issues that would contribute to a better development of EU Tax Law should consist on a definition, within its own judicial discipline, of the material principles of Tax Justice. We cannot expect to make progress in the technical development of the community tax rules and in the enlargement of their scope of action, without having previously defined certain taxation parameters. These, in turn, could be seen as a reassurance by the taxpayers of the various Member States of the European Union regarding its tax rules. It should be able to define some principles that were somewhat similar to those included in the Constitutions or the Constitutional Law of the various member States.

**Keywords:** law, European Union, states, tax justice, European taxpayers.

**Resumen:** Una de las cuestiones preliminares básicas que contribuirían a un mejor desarrollo del Derecho Tributario de la Unión Europea, sería la concreción de una definición, sin perjuicio de su propia disciplina jurisprudencial, de los principios materiales de justicia tributaria. No podemos pretender progresar en el desarrollo técnico de las normas tributarias comunitarias y en una ampliación del alcance de su actuación sin haber definido previamente ciertos parámetros tributarios. Éstos, a su vez, podrían verse como una garantía para los contribuyentes de los Estados miembros de la Unión Europea con respecto a sus Ordenamientos jurídico-tributarios internos. Esto podría desembocar en la definición de algunos principios que en cierto modo serían paralelos a los recogidos en las Constituciones de los Estados miembros.

**Palabras clave:** derecho, Unión Europea, estados, justicia tributaria, contribuyentes europeos.

**Summary:** I. Parameters of Tax Justice Regarding Indirect Taxation in the Context of the EU. II. Additional taxation and high public revenues. III. Right of ownership and tax justice. IV. EU Tax Law and ban of confiscation as regards tax matters. V. Non confiscation in tax matters and fundamental right to private property. VI. Private property in the EU Charter of Fundamental Rights and the material principles on Tax Justice. VII. Rational solutions. VIII. Excise duties. IX. Realization of the parameters of the current non-taxation purposes. X. Ethics and Environmental Tax Law from a globalized perspective. XI. States, Governments, Law-makers and taxpayers. XII. Courses of Action. 1. Preliminary considerations. 2. State Level. 3. European Union Level. XIII. Case-Law Considerations. XIV. The Prominence of Certain Taxes. XV. The Different Degree of Realization of the Material Principles of Tax Law in the Various EU Member States. XVI. The Idea of an Ignored Progressive Taxation before the Development of Indirect Taxes in the Tax Policy of the EU. XVII. Conclusions.

## **I. Parameters of Tax Justice Regarding Indirect Taxation in the Context of the EU**

1. In the tax policy of the European Union development without a previous delimitation of the basic parameters of Tax Law cannot exist. The material principles of tax law to take into consideration, regarding the European Union judicial discipline, should never have a smaller reach than the principles applied in the various member States.

2. In spite of the fact that almost all the European Union member States have similar principles of tax justice, there is not an express specification about them in the Primary Law of the Union. The institutions of the European Union have some tax competences given by their member States, specially highlighting fiscal harmonization of certain state taxes. The tax harmonization directives, despite this lack of express specification, cannot forget these principles of tax justice.

3. The extra-tax or environmental perspective cannot be used to completely shut down or disregard the material principles of Tax Law. Especially, this perspective cannot be used to reach excessive taxation. The argument of the environmental taxation of hydrocarbons has been used to increase the fiscal pressure over the gasoline until a point where its legitimacy should be discussed, not only from the constitutional point of view, but also from the European Union Treaties. Individual States are not the only ones responsible for this situation but also European Union institutions are, since the tax on mineral oils has been harmonized by European Union directives.

4. Hydrocarbons represent one of the fields in which multi-taxation affects the most. It is necessary to delimit that problem in this context, by determining its own limits, at both internal and international levels, thus providing an answer to its current perspectives, particularly in the European context. In spite of the fact that almost all the European Union member States have similar principles of tax justice, there is not an express specification about them in the Primary Law of the European Union. The institutions of the European Union have some tax competences given by their member States, specially highlighting fiscal harmonization of certain state taxes. The tax harmonization directives, despite this lack of express specification, cannot forget these principles of tax justice.

5. Although some taxes are described by the legislator as environmental taxes, with the purpose of reducing CO<sub>2</sub> (carbon dioxide) emissions, the observance of their structures reveals that their principal purpose is to obtain public revenues. With the excuse of environmental taxation, there are some taxes with the single objective to obtain high public incomes.

6. The blame for this situation lies with Member States and European Institutions, because energy taxes are harmonized by directives at European level. So we have to check if this kind of taxation is against tax justice principles. The problem is that in the European Union a definition of these principles does not exist. Nevertheless, in European Union Law the property right exists as a fundamental and human right. We have to analyze if this kind of taxes represents (or not) an infringement of the property right as the origin of some tax justice principles.

## **II. Additional taxation and high public revenues**

7. Sometimes, on the pretext of “additional taxation”, certain taxes are used only to achieve high public revenues. Certain taxes are presented by the tax legislator as environmental taxation, aimed at reducing emissions of CO<sub>2</sub> (carbon dioxide), although their structure seems to indicate that at the end their main purpose is not this, but to get more public revenues.

8. For example, think about the excise duty on hydrocarbons, with regard to the taxation of petrol and diesel fuels. The consumer is to pay indirectly an amount greater than the value of the product

through taxation. Therefore, the consumer when buying gasoline, pays out a price that is the sum of the value of the product and the levy, which represents most of the final amount, including the excise duty indirectly charged, and the Value Added Tax.

9. Individual States are not the only ones responsible for this situation but also EU institutions are, since the tax on mineral oils has been harmonized by EU directives. However, after all, the Union with this type of tax rather than thinking about environmental protection has mainly thought to protect free competition in the European petrol and diesel market, with the aim of ensuring that the final price of this product would not be too different from one Member State to another. The EU sets a rate or minimum tax load, which may be increased by the Member states.

10. Pollution control should be achieved mainly through tax breaks for biofuels, and not so much, as specified above, with exorbitant tax levies on still needed fuels.

11. Such high taxation on petrol and diesel will eventually cause a damaging effect on the people living in areas where there are not many opportunities for public transportation, compared to the inhabitants of big cities. Hence the residents of rural areas are going to pay for this taxation.

12. It has not been proven at all that a higher tax levy corresponds to lower fuel consumption. We are talking about products which cannot be set aside in the current way of life. Only the economic crisis, with a decrease in economic, commercial and industrial activities, has succeeded in decreasing the consumption of these products. Not even the rise in the oil price can considerably reduce fuel consumption; neither could an increase in taxes could actually reduce it.

13. Then we should wonder whether a tax which is so high is contrary to the material principles on tax justice. The problem is that in European Union Law there is not a definition of the so-called principles involved. However, in this Law, there is a consecration of the right to property as a fundamental and human right<sup>1</sup>. Therefore, we should analyze if these cases of high tax levy represent or not a violation of the right to property, a right from which in some states the principles of tax justice are deduced.

### III. Right of ownership and tax justice

14. The search for tax justice is a pending issue in the process of European integration. However, this lacuna may make it difficult for such integration to be built on sufficiently firm legal and economic bases. Therefore, the principles of tax justice in European Union Law are still a not fully explored subject of investigation.

15. The institutions of the European Union hold a series of taxation jurisdictions granted by Member States, among them there is particular harmonization of certain State taxes.

16. The constant tension between direct and indirect taxes affects socio-economic policy, so that it is appropriate to identify the constitutional and legislative principles that could in some way limit the role of the latter in comparison to the former, and find their basis in EU Law.

17. Even though in most EU Member States the material principles of tax justice correspond in their essential content, to the Primary EU Law, an explicit statement of those principles does not exist.

---

<sup>1</sup> Regarding the human rights discipline on a tax law standpoint, see M.T. SOLER ROCH, *Deber de contribuir y derecho de propiedad en el ámbito de los derechos humanos*, Lección Inaugural, Curso Académico 2011-2012, 2011, Universidad de Alicante, p. 5.



**18.** In Spain<sup>2</sup>, the study of Tax Law has focused on the primacy of the principles contained in paragraph 1 of Article 31 of the Constitution: the tax justice of material principles. Article 131 of the Spanish Constitution, at the end of paragraph 1, in relation to income and wealth, proclaims “its fairer distribution”. This final declaration sanctions Spain as a “social and democratic Constitutional state”, in paragraph 1 of Article 1 of the Constitution. This suggests that the nature of the tax and social justice of our state, often poorly analyzed, instead was the object of the first precepts of the Constitution.

**19.** Reading in conjunction Articles 1.1, 31.1 and 131.1 of the Constitution, it is inferred that in a social and democratic constitutional state redistribution of wealth can be implemented through public revenue and expenditure. For this reason, before exorbitant fiscal pressures on goods and products, for which the price/value of the asset becomes lower than the taxes, there is the need to find a constitutional provision that would prevent such excesses.

**20.** All this forces us to say that in tax matters we must respect the right to private property, questioning the maximum tax levy on property, also in relation to the acquisition costs of goods and products.

**21.** It is obvious that in order to consume a good it is necessary to acquire it: the problem arises when the taxation on a good or product obstructs the possibility of acquisition disproportionately and unlawfully. One more clarification, when it comes to property, the mind turns to the traditional patterns of property of real estate; instead, it is necessary to think that property is a concept applicable to any type of product, since, in principle, in order to consume, you must first purchase the property. Therefore, we cannot limit ourselves to state legislation, but must take into account the impact on EU Law, as most of the indirect taxes are harmonized by the Community.

**22.** The concept of non-confiscation does not explicitly appear in the European Community discipline, although it should be a fundamental right sanctioned not only in the Constitution, but also by the European Community discipline of fundamental rights.

**23.** The crisis experienced by the European and world economy has highlighted the need for closer economic integration between the Member States of the European Union. There are two essential tools to achieve a real economic integration: monetary policy and tax policy. In monetary policy matters, greater integration in the Euro zone and a major limitation of the public deficit has been reached. In fiscal policy, the rule of unanimity in tax harmonization matters is still applied. Thus, only with the unanimity of the representatives of the Member State Governments is it possible to adopt the directives on tax harmonization. This lack of democratic legitimization in the field of tax harmonization, which does not depend on the will of the Parliament elected by European citizens, renders even more real the prediction by the material principles of tax justice as a limit and guarantee in the tax harmonization for EU Member State taxpayers, by virtue of the primacy of its Law with respect to the Law of the Member States. Pursuing the contemplation of the material principles of tax justice in tax harmonization seems a necessary step for the extension of the powers of the European Union in relation to the tax harmonization mentioned.

**24.** Then, it must be emphasized that, within the Member States, the development of the material principles of tax justice occurred mainly with regard to direct taxes. By contrast, the powers of EU institutions in the field of tax harmonization essentially concern indirect taxes. Thus, the prediction of the material principles of tax justice with respect to tax harmonization would result in the implementation of these principles with regard to indirect taxes.

**25.** There is no express provision for such material principles of tax justice in the Primary Law of the European Union, though, as Bosello said, with regard to EU member states “The constitutional

---

<sup>2</sup> With respect to the Spanish legal reality, see Y. MARTÍNEZ MUÑOZ, E. GIL GARCÍA, J. MARTÍN FERNÁNDEZ, F. ALONSO MURILLO, National Report of Spain, *Observatory for the Protection of Taxpayers' Rights*, IBFD, 2018, p. 1.

principles that inspire the tax legislation in individual States are substantially the same”<sup>3</sup>. However, some of these principles might be inferred, as mentioned, from the consecration of the right to property as a fundamental right in the Primary Law. In a way, it would be a parallel process to that achieved by the Member States, which have derived some of these principles from the provision of property rights in their relative national Constitutions<sup>4</sup>. This approach would allow observance of the principles of economic capacity and especially the principle of non-confiscation.

#### IV. EU Tax Law and ban of confiscation on in tax matters

**26.** As a first approximation, we could define the principle of non-confiscation as the duty of the tax legislator not to apply taxes that cause the cancellation of the economic capacity of the taxpayer, leading to unreasonable taxation. For this reason, non-confiscation could be seen as a manifestation of the right to private property in the tax field.

**27.** Article 31 of the Constitution, paragraph 1, provides that the tax system cannot result in the confiscation of property. At the same time, the tax system should be set according to the parameters of equality and progressiveness, the “guiding” principles of it. On the other hand, Article 33 guarantees the right to private property and shows at the same time its social function. This social function can be observed from many points of view, one of which, without a doubt, is the duty to contribute.

**28.** The doctrine, though with varied forms, has recognized the link between the ban on confiscation and the right to private property<sup>5</sup>.

**29.** Both concepts are defined in two different precepts of our Constitution. The question should be whether this means that they have different or distant meanings, when we consider tax matters. In our opinion, the answer to this question must be negative, and a link between the two concepts or ideas has to be recognized.

**30.** From a purely technical legal point of view, in a more rigorous and systematic way, it would not be possible to think that two provisions can say the same thing, because one of the two would be unnecessary and normally the legislator, or in this case the constituent, does nothing useless. Thus, one might say that two different rules have to identify two different concepts.

**31.** The concept of private property is actually a general concept that is applicable in all branches of law, and thus in tax matters. If so, you might think that the general consecration of the right to private property would be sufficient to prevent taxes taking on a confiscatory character. So, what advantage would there be to have an express provision of non-confiscation? Would it have a different meaning?

<sup>3</sup> F. BOSELLO, “Costituzioni e tributi negli Stati della Comunità economica europea”, *Rivista trimestrale di Diritto e procedura civile*, 2, 1959, p. 1513.

<sup>4</sup> An important benchmark about comparative law of tax justice principles could be the German law. In this respect, regarding the German constitutional case law see P.M. HERRERA MOLINA, “Una decisión audaz del Tribunal Constitucional Alemán: el conjunto de la carga tributaria del contribuyente no puede superar el 50% de sus ingresos. Análisis de la Sentencia del BverfG de 22 de junio de 1995 y de su relevancia para el ordenamiento español”, *Impuestos*, II, 1996, p. 1033.

<sup>5</sup> C. PALAO TABOADA, *La protección constitucional de la propiedad privada como límite al poder tributario*, in *Hacienda y Constitución*, Madrid, Instituto de Estudios Fiscales, 1979, pp. 319-320; G. Núñez Pérez, “La prohibición constitucional de tributos confiscatorios: dos supuestos”, *Impuestos*, 22, 1991, p. 8; L. Sánchez Serano, “Principios de Justicia Tributaria”, Capítulo IV, *Manual General de Derecho Financiero*, Tomo Segundo, *Derecho Tributario. Parte General*. Granada, Comares, 1996, pp. 91-92; G.J. Naveira De Casanova, *El principio de no confiscatoriedad. Estudio en España y Argentina*, Madrid, McGraw-Hill, 1997, p. 448; L.M. Cazorla Prieto, *Derecho Financiero y Tributario (parte general)*, Cizur Menor, Aranzadi, 2000, p. 112; F. García Dorado, *Prohibición constitucional de confiscatoriedad y deber de tributación*, Madrid, Dykinson, 2002, p. 90; M. Poggioli, *Indicatori di forza economica e prelievo confiscatorio*, Padova, CEDAM, 2012, p. 105.

**32.** The jurisdiction of European Union institutions on taxation essentially concerns indirect taxes, although there are certain Community provisions relating to direct taxes. The Law under the legislation enactment of the EU institutions has to respect the postulates sanctioned by the regulations of the Primary Law of the Union. Actually, we do not find, in the cited Primary Law, an express manifestation of the essential principles in the field of tax justice. However, nothing prevents the principle of non-confiscation being inferred from some provisions of the Primary Law of the European Union, and in particular from the right to private property.

**33.** Basically, as concerns tax matters, it is possible to identify a dual line of protection against violations of these principles, deriving both from state regulations and from Community regulations. Consequently, in the presence of violations of these principles, alongside the possibility to bring the action before the Constitutional Court of each state, within the Community, the Court of Justice of the European Union would have competence on the matter of tax harmonization or proper Union resources.

**34.** A first analysis could lead us to define the principle of non-confiscation in tax matters as the duty of the tax legislator not to set taxes that lead to a levy which can wipe out the economic possibilities of the taxpayer, and that would result, therefore, in unreasonable taxation.

**35.** When we speak of a tax that wipes out the economic possibility of the taxpayer we do not intend to refer to a tax which allows the taxpayer to have only the minimum subsistence. As a matter of fact, we believe that in order for the levy to be legitimate, what is left in the hands of the taxpayer after the levy should be as close as possible to the economic result of his or her productive capacity (meant as a capacity to produce revenue) and never less than the amount of the tax collected in respect of the participation in the maintenance of public expenditure. In this regard sometimes the doctrine, in our opinion, has been extremely restrictive in identifying the economic resources that should be legitimately left over for the taxpayer as a result of the tax levy.

**36.** As we will see later, the consecration of the right to private property sanctioned in the Charter of Fundamental Rights of the European Union goes in this direction.

## **V. Non-confiscation in tax matters and the fundamental right to private property**

**37.** In our opinion, in virtue of what was claimed above, non-confiscation on taxation matters presents itself as a manifestation of the right to private property<sup>6</sup> in the tax matter.

**38.** The Constitutions of European States expressly consecrate the fundamental right to private property in the Tax Law. We believe that the ban on confiscation should be linked to the right to private property.

**39.** Yet, we must wonder whether the right to private property, which is a general right valid for the different branches of the legal system, may also be relevant in the field of taxation. If so, it might be thought that the general consecration of the right to private property would be sufficient to prevent taxes from producing effects of confiscation.

**40.** Non-confiscation can be understood as a limitation to taxation which presupposes respect for private property in the Tax Law.

**41.** Private property plays a social function, and Tax Law must implement a redistributive function of the wealth of a social and democratic State of Law. Therefore, although the tax levy ne-

---

<sup>6</sup> The right to property is born in the civil field, it is consecrated in the constitutional field and it is used in the taxation field. On the relations between civil law and tax law, see M.C. FREGNI, *Obbligazione tributaria e codice civile*, Torino, Giappichelli, 1998, pp. 6-9.

cessarily implies a limitation of private property, that levy, in order to be legitimate, cannot completely empty of content the right to property. The levy may limit private property, but it should not completely destroy its contents. In other words, the tax levy may limit the property only up to a certain limit. What is this limit? The one determined by a threshold of maximum taxation which, if exceeded, would affect the very nature of property debasing the private-law content.

42. To put it differently, State constitutions give property an essentially private-law qualification. This is to say that the property and its use must be valid to a greater extent for the taxpayer than for the State. If not, the provisions of the right to private property in the constitutions would have no sense.

43. Private property of the taxpayer cannot have too public a projection; the goods and rights of the taxpayer should never be at the service of the tax authorities to a greater extent than at the service of the taxpayer. This rule would be violated by a tax system that imposes a confiscatory levy type.

44. We could just say that if the State<sup>7</sup> took over 50 percent of the income, we would be in the presence of confiscatory taxation, as in the pockets of the taxpayers there would remain a *quantum* inferior to the revenue of the State. The same thing would occur, in consumption taxes, if in purchasing a good, the taxpayer ended up *sustaining* tax of more than half of the final price of the goods (tax included); for example, if the product cost 100 € and more than 50 of these corresponded to value added tax and excise duties, we would be dealing with a confiscatory situation, in principle.

## VI. Private property in the Charter of Fundamental Rights of the European Union and the material principles on Tax Justice

45. The prohibition on confiscation in the European tax system could be derived from the protection of private property in the European Union. Within Union Law, there is a consecration of the right to private property although not even in this field is protection of the principle of non-confiscation in the tax system expressed. Consecration of the right to private property as part of European Union Law, can be identified from jurisprudence of the EU Court of Justice, which has claimed that the general principles and fundamental rights in the Constitutions of the Member States are an integral part (also) of European Union Law. In addition, there is the consecration of the right to private property contained in the European Charter of Fundamental Rights. In this Charter, the right to property is covered aseptically, without being classified as private. Yet, the context, in which it appears, leaves no doubt that the meaning of the EU provision refers to private property as the essential core of the right to property.

46. The draft treaty by which the intention was expressed to subscribe to a Constitution for Europe, later replaced by the Lisbon Treaty (from which the content of this Charter has been deleted), sanctioned in Paragraph 1, Article II-17, stated that: Everyone has the right to own, use, dispose of and bequeath his or her lawfully acquired possessions. No one may be deprived of his or her possessions, except in the public interest and in the cases and under the conditions provided for by law, subject to fair compensation being paid in good time for their loss. The use of property may be regulated by law in so far as it is necessary for the general interest. In any case, it is possible to find a similar text in paragraph 1 of Article 17 of the Charter of Fundamental Rights of the European Union, both in the 2000/C 364/01 version, and in the 2007/ 303/01 version, solemnly proclaimed on 12th December 2007, the day before the signing of the Treaty of Lisbon. Thus, the content of the mentioned Charter has attempted to incorporate the text of the draft of European Constitution, which never came to light. However, although this has not been well understood, the Treaty of Lisbon, as we shall see below, provided an express reference to the provisions of the mentioned Charter. On the other hand, in the fifth paragraph of the Preamble of the Charter it is stated that: This Charter reaffirms, with due regard for the powers and tasks of the

<sup>7</sup> And, of course, other public bodies.

Community and the Union and the principle of subsidiarity, the rights as they result, in particular, from the constitutional traditions and international obligations common to the Member States, the Treaty on the European Union, the Community Treaties, the European Convention for the Protection of Human Rights and Fundamental Freedoms, the Social Charters adopted by the Community and by the Council of Europe and the case-law of the Court of Justice of the European Communities and of the European Court of Human Rights.

47. Together with this, and well beyond Community legislation, it must be noted that Additional Protocol 1 of the European Convention on Human Rights<sup>8</sup> establishes in the first paragraph of Article 1, that “Every natural or legal person is entitled to the peaceful enjoyment of his possessions” stating later that “No one shall be deprived of his possessions except in the public interest and subject to the conditions provided for by law and by the general principles of international law”. The second paragraph of the same Article provides that “The preceding provisions shall not, however, in any way impair the right of a State to enforce such laws as it deems necessary to control the use of property in accordance with the general interest or to secure the payment of taxes or other contributions or penalties”. This article is entitled with the inscription “Protection of Property”<sup>9</sup>. The fact that, this article, has to do at the same time with private property and taxes, does not mean that taxes are able to render property meaningless, as this would be, obviously, against the recognition of the protection of private property sanctioned in the very Convention.<sup>10</sup>

48. At the same time, it must be noted that the Treaty on the European Union already established in the first paragraph of Article 6, that “The Union is founded on the principles of liberty, democracy, respect for human rights and fundamental freedoms, and the rule of law, principles which are common to the Member States”. It is then stated in the second paragraph of the same article that “The Union shall respect fundamental rights, as guaranteed by the European Convention for the Protection of Human Rights and Fundamental Freedoms signed in Rome on 4 November 1950 and as they result from the constitutional traditions common to the Member States, as general principles of Community law”. Paragraph 8 of Article 1 of the Treaty of Lisbon (signed in Lisbon on December 13 of 2007), which amended the Treaty on the European Union along with the founding treaty of the European Community, rewrote article 6 of the Treaty on the European Union. Following this change, in the first line of paragraph 1 of Article 6 of the Treaty on the European Union it was stated that “The Union recognizes the rights, freedoms and principles enshrined in the Charter of Fundamental Rights of the European Union on 7 December 2000, as adapted on 12 December 2007 in Strasbourg, which has the same legal value as the Treaties”. In paragraph 2 of the new version of Article 6 it is also stated that “The Union shall accede to the European Convention for the Protection of Human Rights and Fundamental Freedoms. Such accession shall not affect the Union’s competences as defined in the Treaties”. Finally, paragraph 3 of the amended Article 6 of the Treaty states that “Fundamental rights, as guaranteed by the European Convention for the Protection of Human Rights and Fundamental Freedoms and as they result from the constitutional traditions common to the Member States, shall constitute general principles of the Union’s law”.

49. Focusing, specifically, on the issue of fundamental rights with regard to the right to private property, it is useful to start from the Judgment of the Court of Justice of the European Union of 13 December 1979 (Case 44/79), and the more recent judgment of the same Court of 10 July 2003 (Joined Cases C-20/00 and C-64/00). In these judgments it was declared that “fundamental rights form an inte-

<sup>8</sup> A treaty provided for also in the Treaty of Lisbon, as we will see.

<sup>9</sup> In this regard, see, inter alia, L. SERMET, “The European Convention on Human Rights and property rights”, *Human rights files*, n° 11 rev., 1999, p. 25; R. ERGEC, “Taxation and Property Rights under the European Convention on Human Rights”, *Intertax*, Vol. 39, n° 1, 2011, p. 2; A. QUINTAS SEARA, “The protection of taxpayers’ property rights in light of the recent ECtHR jurisprudence: anything new on the horizon, or just more of the same?”, *Intertax*, Vol. 42, n° 4, 2014, p. 218.

<sup>10</sup> Among the explanations on the Charter of Fundamental Rights (2007/C 303/02), in the penultimate paragraph of the explanation on the “right to property” it is stated that this law has the same extension and meaning as the one guaranteed by the ECHR.

gral part of the general principles of law which the Court ensures compliance and that, for that purpose, the Court draws inspiration from the constitutional traditions common to the Member States and from the guidelines supplied by international treaties for the protection of human rights on which the Member States have signed or cooperated in,” adding further that “ECHR has, in this regard, special significance”. It is necessary to highlight, along with the other fundamental rights thus protected, the importance of the right to property, and also, according to the quoted judgments, that in the exercise of fundamental rights some restrictions would be allowed only if “they do not constitute, with regard to the aim pursued, a disproportionate and intolerable interference, impairing the very substance of those rights.”

**50.** Although in European Union Law the principle of non-confiscation in Tax Law is not expressly sanctioned, the right to private property is definitely recognized. Prohibition for Community rules to imply confiscatory situations in Tax Law therefore arises from the will to enforce the respect of the right to private property, which is also enacted, as we have stated, by the Community legal discipline. Moreover, contemplation of a fundamental right like this must be considered part of the Primary Law of the European Union, to which its derived legislation must necessarily be subordinated.

**51.** It follows that the Tax Laws enacted by the Community institutions, whether they are intended to regulate the European Union’s own resources or to regulate EU tax harmonization, will never produce a content that produces confiscation effects in tax matters; if that were the case, it would violate a fundamental right of the European Union.

**52.** As long as in the Primary Law of the European Union, there is not an express provision of the material principles of tax justice that could protect European taxpayers and curb the excesses of tax harmonization, protection of taxpayers will not rest on solid foundations. To ensure the protection of the taxpayer and to build solid fiscal harmonization it is necessary to establish the principles of the Primary Law of the Union. To do this a reform of the EU treaties is needed. Currently, within the Primary Law of the European Union the main treaties are the Treaty on European Union and the Treaty on the Functioning of the European Union. In view of its content, it could be said that the latter treaty is the most likely to provide the express statement of the material principles of tax justice in European Union Law.

## VII. Rational solutions

**53.** Under the legitimacy of some goal framed in the Constitution, although unrelated to the need for tax revenues, occasionally legislature reaches levels of indirect taxation apparently too high. Thus, it is necessary to determine what quantitative limit can be derived, even in such cases, from the material principles of tax justice. Defining limits in this regard may help to curb indirect versus direct taxation, making our tax system more progressive and thus more fair, in light of the constitutional principles of tax justice.

**54.** Article 31 of the Spanish Constitution, a predicate of the tax system, expresses the principle of non-confiscation, which would play its role in relation to this system as a whole, beyond all taxation.

**55.** However, at the same time we have seen the bond that exists between the ideas of non-confiscation in tax matter and of private property. Their interpretation will always have to be realized from the perspective of justice, since this, beginning from the title of “just” which appears explicitly in the aforementioned precept of the Constitution, becomes a value in itself on tax matters, solving possible doubts in the articulation of the other Principles. However, no matter how uncertain in itself the idea of justice may be, there are some elements which obviously could not be disregarded as a whole, such as the ideas of logic and rationality. The “just” will be increasingly likely to appear as illogical or irrational.

**56.** As we said, in relation to the tax system, we talk about “system” and “just” in our Constitution. Those requirements, contained in the first paragraph of art. 31 of the quoted text of the Constitution, can be satisfied only by the rationality of the organization of the different Tax Laws.

**57.** In the analysis of the idea of rationality in relation to the tax system it is necessary to start from the considerations by Sainz de Bujanda, which necessarily must be considered here. This scholar distinguishes between an “internal rationality” and an “external rationality.” He indicates that “a tax system is rational only if, giving internal rationality to each individual tax; it aims to associate it with external rationality, that is, its ability to combine harmoniously with the remaining charging procedures that integrate together.” This author stresses that “the external rationality of a tax is its capacity to integrate into the system, without breaking the rationality of the latter, which happens if any of the taxes which compose it, added to the others, destroys the basic objectives of the system, and so violates the general principles of tax justice.” He adds that “the technique to achieve this external rationality is that the legislator, when he determines any tax or substantially changes an existing one, verifies with rigor if it may be integrated in the whole without problems.” All this leads to the affirmation that “rationality can-not in any way be separated from the value of “justice” nor from other requirements associated with this, such as security and certainty.” In this way, this author notes that “a tax system, in fact, is rational only if it is right and it can be right only if it conforms to the basic and main regulations of the positive order, contained in the Constitution, and to the general principles of law, principles of natural law tradition”<sup>11</sup>.

**58.** These words contain considerations that have necessarily to be taken into account.

**59.** Compared to the two perspectives of rationality mentioned, internal and external, the latter is the one most directly connected with the idea of the system, even though neither of them can be recognized of course in the realization of tax system.

**60.** If we really want the tax system to be precisely this, it cannot only consist of an accumulation of taxes, but also of harmonious interweaving of them. To the extent that it is not a mere sum of taxes, but also a harmonious set of these, rationality will be much greater and, in its working, as we have seen, the justice which must prevail in the tax system will be even greater.

**61.** Analysis of whether a tax system as a whole is confiscatory or damages the overall ability of the taxpayer can be difficult. It must start from compliance with the constitutional principles of tax justice of each tax in particular. Later, it has to move on to analysis of conformity with the Constitution regarding the confluences of taxes on the same manifestation of economic capacity and, thus, of cases of multiple taxation on the same taxpayer.

**62.** From the analysis of a single tax we would move on to the taxes added to it. This allows us a more precise and rigorous review and observation of the justice on tax system justice as a whole. As a result of this analysis specific cases of unconstitutionality could be highlighted or we could understand that there are none. However, what would be proven would be possible situations that, even keeping within the precise limits of the constitution, would come close to the limit of the rationality, the systematic nature, of the good technique and of the order of the tax system as a whole.

**63.** Therefore, we consider that a useful technique for the analysis of the rationality and constitutionality of the tax system is to begin from the rationality and constitutionality of each taxation and subsequently to move on to investigation of the implications of the technical appropriateness and constitutionality of cases of multiple taxation, as a confluence of certain taxes, thus contributing to the understanding and consideration of a more rational tax system as a whole.

**64.** It may happen that each aspect of the tax system individually taken, apparently responds to the principle of economic capacity. However, against unreasonable accumulation of taxes, the tax system as a whole could levy on the taxpayer a higher contribution to public expenditure than the one they would pay on the basis of their global economic capacity, reaching confiscatory limits.

---

<sup>11</sup> F. SAINZ DE BUJANDA, *La Contribución Territorial Urbana. Trayectoria histórica y problemas actuales* Consejo General de Cámaras de la propiedad urbana de la Comunidad Valenciana, Valencia, 1987, pp. 5-15.

65. On the other hand, Moschetti explains that elements of rationality are coherence between the objectives that the legislator has set and the means used to achieve these aims, consistency between individual provisions and the system in which the rules are set, proportionality between the means and the purposes, and proportionality between loss of a legal value and satisfaction of other legal values<sup>12</sup>.

66. Thus, when the legislator pursues an apparent extrafiscal end, very often it leads to an illogical situation, when the means used do not help to reach that objective, as we have already had occasion to point out.

67. So ideas of rationality and justice should preside over interpretation of the ideas of non-confiscation and private property in Tax Law. In this way, the application of these ideas, which do not prove rational, are unlikely to be considered right.

68. It is very difficult to determine whether the tax system as a whole is or is not confiscatory. In relation to what was said above, all taxes (not only direct ones) above 50% of the total income of the taxpayer would begin in principle to clash with the patterns that today social consciousness would recognize as rational.

69. However, as we said, applying this limit of 50% to the tax system as a whole can be very difficult in relation to the variety of situations that may be occur in real life, and especially compared to combined direct and indirect taxation. A taxpayer may pay tax that is more than 50% of his or her income and in his or her life, not perform actions of consumption that submit him or her to sustain for these a greater tax burden than the value of what he or she buy for consumption. Moreover, we could find other taxpayers whose overall contribution for all direct and indirect taxes does not exceed 50% of their income and for whom it is usual to perform actions of consumption where the tax burden incurred for these is higher than the value of what they buy for consumption.

70. Hence, in the search for demarcation of the principle of non-confiscation, seeking that rationality we talked about and implementing a fair tax system, we have to start through the analysis of every tax and the set of taxes on the same wealth. Then, regarding neither this rationality; nor the tax system as a whole nor any tax considered individually or situations of accumulation of taxes on the same manifestation of economic capacity will prove to be confiscatory or to damage private property rights in tax matters.

71. Consequently, the resolution of situations of conflict regarding non-confiscation in tax matters, complying with the idea of private property in the most rational possible form, should start by examining each tax, determining whether it is confiscatory or not, and then, if not individually found to be confiscatory, we should evaluate the accumulation of tax on a single manifestation of wealth. Later, once its confiscatory nature was determined, its unconstitutionality would be clear, although the tax system as a whole did not reach the limit described above. And, before that, if the tax system as a whole, with a large majority of taxpayers, exceeded the aforementioned limit, the system would largely suffer from being confiscable and thus, unconstitutional, although its taxes or partial accumulations did not give this appearance examining them individually.

72. Specifying all the stated ideas and the limits of what the tax system as a whole can expect, the tax on some consumptions may already be confiscatory. Therefore, in relation to the consumption of each type of good, in particular, we must proceed by determining whether each tax individually considered can be confiscatory and then evaluate the accumulation of taxes, that is, the circumstances of double or multiple taxation on each consumption and in particular whether they can be confiscatory. To this end, neither each tax individually considered nor the set of taxes on consumption of any type of goods

---

<sup>12</sup> F. MOSCHETTI, "La razionalità del prelievo ed il concorso alle spese pubbliche", *Le ragioni del Diritto Tributario in Europa (Giornate di Studi per Furio Bosello)*, Università di Bologna, 2003, [www.berliri.giuri.unibo.it](http://www.berliri.giuri.unibo.it), p. 4.



can be a greater tax burden than the value of what enters the assets of the taxpayer, which is what can be consumed. A violation of this limit implies rupture of the idea of private property. In order to consume it more than twice what enters would outflow. Public finance would take away more than what we have acquired is worth, and property would become more public than private. This would be something irrational and, as such, clearly unfair.

73. According to what has been said, we mean that there should be a limit on non-confiscatory taxation on consumption, and thus respect for the right of private property in this area of taxation, examining it not only in reference to consumption in general in its totality, but also in relation to the consumption of each type of good whose taxation in itself could be identified as confiscatory.

74. Excise duties were born with an intended extra fiscal purpose, looking for a higher tax burden for certain consumptions which the Governments were trying to limit, thus making up for their high social cost or environmental impact. What happens is that this tax burden, higher because of certain specific consumption through excise duties, should be added to the tax burden by consumption itself, as any product or service in general, through Value-Added Tax. What really happens is that in the latter tax you must pay not only for the price of the consumed product itself, but also for the tax burden which has represented the corresponding excise duty, with the exception of the excise duty on certain means of transport.

### VIII. Excise duties

75. In the perspective of the EU legal system, the debate concerning the current issues of the excise duties is normally focused on two points. On the one hand, the question is if these indirect taxes are compatible or not with their non-tax rationale of the protection of the environment. On the other, we find the consideration that the lack of a tighter fiscal harmonization of these taxes in the EU could imply an issue for the free competition in the Member States, considering that some differences on the taxation of the energy or of the energetic products between the single States could distort the competition, pushing the companies that have to consume a lot of energy to establish themselves in other countries, where the taxation on the energy is lower.

76. In other cases, however, the creation of new indirect taxes on specific consumptions by the European countries, out of the category of the harmonized excise duties, rises the discussion over this new indirect taxes, concerning their compatibility with the Value- Added Tax, regulated also by the article 401 of the Directive 2006/112/CE of the Council, of the 28th November 2006, related to the common system of the Value-Added Tax. This directive replaced the former Sixth VAT Directive; specifically, the article 401 of the Directive 2006/112/CE replaced the well-known article 33 of the former Sixth VAT directive in a similar way.

77. The EU Commission through different proposal for directives, tried to harmonise the indirect taxes on the circulation of the vehicles in the Union, with the purpose of adapting further these indirect taxes to the protection of the environment, taking into consideration the CO2 emissions of the vehicles. Pursuing the same perspective, the Commission made as well an effort to abolish the registration taxes, but even after a transitionary period, still hasn't reached its goal.

78. At the same time, the EU Commission also tried to raise the minimum harmonized tax rates of the fuels on the tax on hydrocarbons in the Member States, but also this go as hasn't been achieved, yet.

79. Facing some indirect taxes like the excise duties where the tax rate is remarkably high, the lack of a consolidated European doctrine on the subjects of the principles of tax justice and, more specifically, of tax harmonization is even more noticeable.

**80.** Excise duties were born with an intended extra fiscal purpose, looking for a higher tax burden for certain consumptions which the Governments were trying to limit, thus making up for their high social cost or environmental impact. What happens is that this tax burden, higher because of certain specific consumption through excise duties, should be added to the tax burden by consumption itself, as any product or service in general, through Value-Added Tax.

**81.** What really happens is that in the latter tax you must pay not only for the price of the consumed product itself, but also for the tax burden which has represented the corresponding excise duty, with the exception of the excise duty on certain means of transport. We would be dealing with a problem in relation with Excise Duties on Fabrication and the Excise Duty on Coal.

## **IX. Realization of the parameters of the current non-taxation purposes**

**82.** It may be difficult to find an indirect tax that has a purely non-taxation purpose, *i.e.* a tax through which the tax legislator tries to limit, or even remove, the activities harmful for the environment, the health or any other value constitutionally guaranteed. Indeed, the indirect taxes tailored as taxes that have a purely non-taxation purpose, normally, or even primarily, have a clear tax collection function. Among these, many of them apply to products connected to the old tax monopolies existing before the accession of a Member State to the European Communities. In particular, these are products that generate plentiful tax revenues which the tax legislator does not want to lose. In relation to these taxes, therefore, non-taxation models pertaining to the indirect taxes that purely has non-taxation purpose are not in line with the political / social purposes that such taxes should put in place, due to the great role of the taxation and of its collecting tax function mentioned above. In addition, the European Union, when it comes to harmonize the indirect taxes to which the referred products are subjected to, mainly try to avoid problems of tax free competition between Member States instead of finding a really non-taxation purpose. These can only lead to a non-taxation policy without coherency in its development which does not cease to be a mere excuse to keep an excessive taxation.

**83.** The principles of tax justice should apply also to a tax that has a non-fiscal purpose though this does not always happened. Moreover, the fact that these taxes are usually indirect taxes and that – in these cases – the principles of tax justice do not apply adequately (and even less in the European Law), eliminate useful parameters that could be used for the implementation of these taxes. Also for these reasons, the implementation of a system of taxes that have a purely non-fiscal purpose may be difficult to set up.

**84.** The non-tax purposes do not have to respect only the constitutional discipline, but also the European one.

**85.** In most countries, when the tax system becomes confiscatory has not been specified. The few attempts to specify when the prohibition of confiscation is violated have focused primarily on direct taxes, which are those that can be more adjusted to progressivity. The greater weight of direct taxes – mainly of progressive direct taxes – than the indirect ones – essentially proportional – is what can help ensure the tax system as a whole to act progressively. This requires moving towards a specification of the principle of non-confiscatory in relation to indirect taxation, as a limit to this and, thus, as an impulse to greater progressivity of the tax system.

**86.** In some way it could be said that the legal certainty of the European Union taxpayer does not conform to the schemes of modern constitutional States. The tributary systems of the different States necessarily are shaped from the basis of the principles contained in their Constitutions, essentially their material principles of tax justice. These should be dealt with both in their specific configuration, where appropriate in the corresponding constitutional text, and in the deduction of them made by constitutional jurisprudence, sometimes starting from the constitutional recognition of fundamental rights.

If European Union Law aspires to further development and legitimacy, it should necessarily start from the articulation of principles of tax justice in the discipline of the Union. In the absence of a European Constitution, the deduction of such principles is only possible from the fundamental rights included in the Law of the Union. Moreover, even the failed draft European Constitution did not expressly address this need. Later, in the norms derived from Treaty of Lisbon neither the Treaty of the European Union nor the Treaty on the Functioning of the European Union addressed expressly this need. Only by laying solid foundations in this respect, a harmonized European tax system will be legitimately achieved to be developed on such foundations.

**87.** The fiscal harmonization in the European Union is principally centred in the indirect taxation. At the same time, the principles of tax justice are found less developed -in the doctrine and in the constitutional jurisprudence of the States- on the themes of the indirect taxes, also considering what happens with the subject of the direct taxes. To this we have to add that neither in the Treaty on the European Union neither in the Treaty on the functioning of the European Union, we find an express consecration of these principles. To all of this we need to think also to the equilibrium that has to exist, for some of the indirect taxes that are subject to fiscal harmonization, to respect both the principles of tax justice and the non-tax purposes of the environmental protection that the institutions are trying to pursue. Against this background, there are not some clear parameters that could be used as limits in the activities of the European Union in this area and the solution could be found in the interpretation of the discipline of the fundamental rights from the taxation perspective. Facing some indirect taxes like the excise duties where the tax rate is so high, is even more evident the lack of a consolidate doctrine in the European Union on the subjects of the principles of tax justice.

## **X. Ethics and Environmental Tax Law from a globalized perspective**

**88.** Discussing ethics in terms of Environmental Tax Law brings about a much broader thematic scope, such as the connection between Ethics and Rights, Moral Norms and Legal Norms, which already is a difficult topic to deal with. We would obviously be looking for Social Ethics (or a Social Morality) beyond Personal Ethics (or a Personal Morality), but it is not easy to find Social Ethics of wide dissemination. There could be as many Social Ethics as different societies or (as many) as social groups within a society.

**89.** All this situation becomes more complicated when we look at the International Society, since apart from it being difficult to find shared ethical aspects in the various societies within the various Member States of the International Community, it is also hard to find unequivocal ethical aspects at the (lower) level of geographic areas which group the various Member States.

**90.** It sometimes seems almost impossible to find common ground in the combination of Ethics and Rights when we add the problems of separating Ethics and Religion and the fact that there are far more widespread religions in the Western world and other religions in the Eastern or South-Eastern world. Whenever some religion does not value the Right to Life enough, without which the rest of the Rights could lose their meaning, it seems hard to think of finding a basic International morality. Thus, it would obviously be more difficult to find an International Law morality and far more difficult to find an International Environmental Law morality.

**91.** The relationship between the person and the environment is something that can, to a large extent, arise from individual sensitivity, which goes much further than the morals of the International Community's different geographical areas. As a result, a specific social group within a particular geographical area can develop Environmental Sensitivities.

**92.** Furthermore, the different economic options or economic ideologies and, ultimately, the great options or alternatives to socio-economic policy can indubitably influence the different options for environmental policy.

**93.** Although globalization is often seen as an economic issue, it could also be seen differently. Thus, it could be considered to be not only economic but also cultural or social. An example for this could be the obviously positive effects of using rightly understood globalization to improve women's rights in some geographical areas at international level.

**94.** Often, some of the very influential States manage to impose, at a global level, globalized behavioral economics, yet they fail to take into account the importance of environmental sensitivities. Obviously, Environmental protection involves significant costs and an apparent income loss, in appropriate legal and economic terms.

**95.** But this financial cost is merely apparent and short-term, since climate change impacts can be unpredictable or at least known to be negative, even negative from an economic perspective. Evidently, one of the best future investments will be an environmental investment.

## **XI. States, Governments, Law-makers and taxpayers**

**96.** The only way to find a meeting place legitimately shared by all within the international community could eventually lead us towards the field of fundamental rights or, at least, as part of these, of those we may rightly call human rights.

**97.** The tax-paying citizen cannot renounce their fundamental rights. The State has to respect their fundamental rights. Constitutional tradition of fundamental rights fused with the legal corpus of the European Union.

**98.** The Law-maker can only charge the full weight of environmental tax treatment on the taxpayer to the extent that it respects their fundamental rights. Within these rights we find the right to property.

**99.** It is the Government's duty to find ways to protect the environment through environmental tax regulation which do not damage the fundamental rights of the taxpayer. Furthermore, excessive taxes normally prove to be ineffective in terms of environmental protection.

**100.** This is why raising our voices against the current environmental tax regulation should not be considered unethical or immoral, especially since fiscal excesses may involve a violation of the taxpayer fundamental rights. Besides, this in turn frequently involves an infringement of the material principles of tax justice. What may well be unethical or immoral is the attempt to camouflage behind alleged environmental goals what only intends to generate tax revenue. In order to do this, certain services and goods, which the taxpayer finds almost impossible to do without, are heavily taxed, leaving them with no real alternatives.

**101.** The environmental policies of Governments should move beyond environmental tax regulation, or at least should not have the latter as the main actor in the process, since this has not proved effective in fighting climate change.

**102.** The powers that be cannot charge taxpayers with an imaginary ethical component based on false environmental extra-taxation. What has been unethical is Law-makers' attitude, which under cover of an alleged environmental aim have been simply trying to obtain easy revenue. The best environmental tax is the one which does not yield any revenue, because this would mean that no polluting taxable event or activity has taken place. If the revenue obtained from taxing a given behaviour or activity detrimental to the environment is small, we can consider it a success because it would involve that the activity in question, which would have damaged the environment, has been rare. However, this is not the idea guiding the Law-maker when they qualify as extra-fiscal taxes the purpose of which is not really to protect the environment but to collect revenue.

**103.** Consequently, Governments should explore ways to protect the environment and to fight climate change which go way beyond tax-collection, reducing the presence and importance of current environmental tax-regulation, which has proved to be, so far, useless.

**104.** Is it ethical to charge the citizens with taxes of an apparently environmental nature, when they have no other option but to employ fossil fuel vehicles? Let us think, for instance, in those citizens living in rural areas, away in the mountains, far from major urban centers. Would it be ethical to treat them in the same way than those inhabiting big cities? From a purely technical fiscal perspective, the treatment in both cases should be the same, but the former would be greatly harmed since we would be dealing with an indirect taxation on a specific consumption that they cannot escape or avoid.

**105.** Couldn't we consider positive, from an environmental perspective, to avoid measures damaging those inhabiting rural areas which should not be abandoned? Not only from a fiscal perspective but from a moral or ethical one, both in an individual and a collective sense, it is necessary to deeply revise the standard parameters employed in environmental tax regulation, or in that tax regulation which is only apparently environmental.

## **XII. Courses of Action**

### **1. Preliminary considerations**

**106.** Apart from what is determined in every State's Constitutional Law, if the national legislator acts wisely enough in order not to run into over-taxation, situations of apparent violation of material principles of tax justice could be avoided. It is true that when we deal with harmonized taxes according to the European Union directives, when these directives establish a minimum amount for the States to apply as a tariff rate or as charges, and when the State Law adjusts to the compulsory limit, the European Union—and not the relevant Member State—would take responsibility for the possible extra-taxation.

**107.** On the other hand, it is also true that the Unanimity Rule is legislated in the (community) production regulations, regarding taxes. Therefore, in order to adopt a tax harmonization directive it will have been necessary that every Member State, through their government representatives, has previously agreed to the adoption of the directive in question. Just one Member State opposing to it in the Council of Ministers would be enough to prevent the tax harmonization directive from being passed. A certainly different matter would be the political pressures that, not legally but factually, some Member States may decide to use upon others to influence their decisions regarding the adoption of a directive submitted by the EU Commission. In any case, the EU would be imputed for any over-taxation caused by a minimum set through a tax harmonization directive: a minimum to be applied by member States in the corresponding harmonized tax.

### **2. State Level**

**108.** If, formally, the responsibility would correspond to the EU, we must not forget what has been explained regarding the Unanimity Rule that articulates EU Law and is required to pass any tax harmonization directive. In this sense, each and every member State would equally be responsible, on a second level, for having agreed in the Council to the approval of the directive. Consequently, it should not simply be a political and economic assessment what every Government must make before making explicit its consent to the application of a directive, but also a legal one, taking into consideration the material principles of tax justice, mostly from the status of those same principles in the State's Constitutional practice.

**109.** Whenever the State's national legislation establishes, for harmonized taxes, a tax rate superior to the minimum set in the Community's tax harmonization directives, considerably more attention

should be paid. The reason is that the responsibility for that excess will correspond exclusively to the States. The latter will have to make sure that the excess over the Community's minimum does not violate its Constitutional principles of tax justice.

**110.** In this process of regulatory creation, States must keep in mind that taking into consideration the protection of environmental constitutional interests through extra-fiscality cannot, in any way, totally cancel the –also constitutional– principles of tax justice. And, in connection with these same principles, we cannot forget either that their interpretation according to constitutional jurisprudence is almost more relevant than the literal transposition of those principles in the Constitutional text. A detailed description of such principles is of little use without a committed intervention of the Constitutional Court of each State, an intervention which should be willing to define and specify these principles.

### 3. European Union Level

**111.** According to all the above, the best option would be that, in a future reform of either the Treaty of the European Union or, more simply, of the Treaty on the Functioning of the European Union, the material principles of tax justice, to be taken into consideration by fiscal harmonization directives, were explicitly included. Since the fiscal competences of the European Union mostly fall upon indirect taxation, the specificities of the latter within the field of tax justice should be considered.

**112.** In the meantime, we cannot but deeply explore the field of Fundamental Rights in the EU, mostly through a redefinition of the right to property also addressed towards indirect taxation.

**113.** Likewise, European Union institutions must improve their production of fiscal legislation, striving for the utmost coherence when combining extra-fiscal environmental criteria with those of competition among States and with the material principles of tax justice. Neither the imperative application of a set of criteria, nor the application of others, may cancel the effects of the principles of tax justice, much less in those cases in which they stem from fundamental rights included within Community discipline.

**114.** European Union institutions should make possible to visualize, with more clarity and transparency, which are the specific criteria inspiring each tax harmonization directive, and they should also build the latter making sure it coheres with those criteria; the limits that cannot be left void of content cannot be ignored, though.

**115.** Besides, in the European Union, to the effects here seen, to recall that there is such a thing as the principle of proportionality would be in order.<sup>13</sup>

### XIII. Case-Law Considerations

**116.** I have already suggested that the interpretation and introduction of the principles of tax justice in the Constitutional jurisprudence of each one of the member States of the EU may be as important as the description or consideration of these principles within those same Constitutions. The letter of each one of the Constitutions is as important as the interpretation that the Constitutional Courts of each member state makes of the aforementioned principles.

**117.** The actual form of the description in writing of such principles will depend on the scope and reach of the social dimension that constitutionally articulates each State as well as on the extent of the tradition of its socio-economic policies.

---

<sup>13</sup> Section 5 of the Treaty of the European Union.

**118.** Occasionally, in those States whose Constitutions hardly make any reference to the principles of tax or fiscal justice we may, on the other hand, find Constitutional jurisprudence which has made a useful and coherent description of those principles. Sometimes this is achieved through the introduction in the Constitution of a fundamental right, such as, for instance, the right to property. In this sense, we can mention, as a relevant example, related pronouncements of the Constitutional Court of Germany.<sup>14</sup>

**119.** On the other hand, a highly detailed Constitutional description of the principles of tax justice is sometimes not adequately accompanied by a sufficient Constitutional jurisprudence. Spanish Constitutional jurisprudence is a good case in point. Thus, although the Spanish Constitution explicitly mentions in Section 31.1 progressive taxation, explaining that it will not be of a confiscatory scope, and in Section 33 it describes the right to private property, the Constitutional Court of Spain, even when it had the opportunity to do it, has not clarified from which percentage taxation is considered to become confiscatory.<sup>15</sup>

**120.** Furthermore, it went as far as uttering the truism that income tax should be considered confiscatory whenever its rate of taxation reaches one hundred per cent.<sup>16</sup> It did not even refer to the top marginal rate, which –after all- would have still been a platitude.

**121.** If we go from the Constitutional jurisprudence of the UE member States to that of the Court of Justice of the European Union, the shortcomings of existing case-law become much more apparent. To a certain extent this could be explained as a consequence of the non-existence of –as we saw- an explicit reference to such principles neither in the Treaty on the European Union nor in the Treaty regulating its functioning. In any case, and as we could see, the right to property is explicitly referred to and set forth within the area of fundamental rights in European Union Law. Let us remember that some material principles of tax justice could be inferred from this Right, just as the Constitutional jurisprudence of some States have done.

**122.** Having explained the above, it must be emphasized that the Court of Justice of the European Union did not make a pronouncement on the potential excess of some tax rates when it had the chance, sorting out the case through other procedures. We can recall, for instance, a case in which the Court of Justice was considering the taxing of vehicle registration in Denmark with a tax rate of 180 per cent<sup>17</sup>, together with the general taxing of each vehicle by the VAT. It is also true that the Court of Justice was not dealing with a tax harmonized according to EU regulations but, still, there were reasons for this Court to take cognizance of this case –as it did- although it eventually decided not to deal with all the possibilities it offered.

**123.** Leaving aside all of the above in connection with a non-harmonized tax, we must add to everything discussed so far the complexity proper to harmonized taxes according to EU directives, which are mostly indirect taxes. Let us remember –as we have suggested- that doctrine and jurispruden-

---

<sup>14</sup> See its 22 June 1995 ruling setting a fifty per cent limit on direct taxation. For further analysis see the above mentioned P.M. HERRERA MOLINA.

<sup>15</sup> To exemplify these ideas we may mention the following legal basis of some Rulings by the Spanish Constitutional Court: legal ground 11 of the 14/1998 Ruling of 22 January; legal ground 23 of the 233/1999 Ruling of 16 December; legal ground 11 of the Ruling 194/2000 of 19 July; or legal ground 2 of the Ruling 26/2017 of 16 February.

<sup>16</sup> Indeed, the Constitutional Court of Spain, in legal ground 9 of the Ruling 150/1990 of 4 October, specifically argues that “the confiscatory effects of a an Income Tax with a progressivity that reached 100%” would become apparent.

<sup>17</sup> The Court of Justice of the European Union, in the Sentence of 17 June 2003 (Case C-383/01) made a pronouncement on a preliminary ruling regarding the *Lov om registreringsafgift af motorkøretøjer* (Danish Law on Vehicle Registration) in its codified versión on 14 April 1999. This preliminary ruling dealt with the tax accrued upon the first registration of the vehicle on Danish territory, with a tax rate of 105% on the first tax bracket, and 180% over the rest of the total price. The Court of Justice settled this preliminary ruling according to the principle of the free circulation of goods, given the prohibition that a member State taxes, either directly or indirectly, the products of the other member States with internal taxes exceeding those taxing directly or indirectly similar national products. This particular case stemmed from the lack of national vehicle production in Denmark. Yet, the Court of Justice established through its sentence that the free circulation of goods had not been disrupted by the aforementioned tax.

ce regarding material principles of tax justice are far more developed, at a State level, in relation with direct taxes than they are with indirect taxes.

**124.** Likewise, we must be clear that –as we have already seen- harmonized taxes move across the aforementioned line of alleged justification from an environmental perspective. This activates the already mentioned related extra-fiscal files which, although including some complexity, cannot ignore or empty of significance traditional principles of tax justice.<sup>18</sup>

**125.** From the standpoint of tax harmonization, the relation among extra-fiscal environmental protection, free fiscal competition among States and the search of material tax justice, it entails as we could see a triple dimension which although difficult to coordinate must be faced in a coherent way.

**126.** Yet, beyond tax harmonization, the presence of the right to property within the European list of fundamental rights opens new opportunities for the Court of Justice of the European Union, protected by other potential Community implications, to go beyond strictly harmonized taxes according to EU directives.

**127.** To be sure, in relation with the fiscal relevance of fundamental rights –even from a material point of view- the progress of the jurisprudence of the European Court of Human Rights<sup>19</sup> is more remarkable than that of the Court of Justice of the European Union.

**128.** In this sense, it should be emphasized that a Court not belonging to the institutions of the European Union, such as the European Court of Human Rights, has even made a pronouncement regarding the tax percentages of a member State of the EU, establishing whether they are excessive or illegitimate.<sup>20</sup>

#### **XIV. The Prominence of Certain Taxes**

**129.** Whilst in the States' judicial discipline income taxes tend to be in the limelight, in the European Union indirect taxes play the leading role. Within these, in addition to the Value Added Tax as a general tax on consumption, the excise duty -or excise- as taxes on specific consumptions, some of which have environmental profiles, are of great importance.

**130.** Sometimes, these environmental profiles are used to reach excessive tax loads, which forget the specific European regions' needs, with an even broader rural relevance and great difficulty in communications, and where the population has no real or economically accessible alternatives as opposed to the usage of regular fuel.

<sup>18</sup> Now a reference to some rulings by the Constitutional Court of Spain seems to be in order. This Court has asserted that the establishment of “taxes of a mostly extra-fiscal nature” can only be implemented “respecting the demands and principles stemming directly from the Constitution (art. 31)». In this sense, see legal ground 13 of the Ruling 37/1987, of 26 March. Likewise, see legal ground 4 of the Ruling 186/1993, of 7 June. Among the demands and principles mentioned, that of not being allowed to create confiscatory situations should be included. It is remarkable that the Constitutional Court of Spain specifically states that extra-fiscal taxes also have to respect the material principles of tax justice. Yet, it is nonetheless questionable, in connection with these rulings and as we also saw in relation to others, that the legal reasons exposed did mention confiscation in fiscal issues only to reject that it occurred in the cases studied; the Court, on its part, did not bother to explain in these rulings when taxes may become confiscatory.

<sup>19</sup> On the jurisprudence of the European Court of Human Rights regarding the balance between the right to property and the fiscal interest of the State, see M. POGGIOLI, *Indicatori di forza economica e prelievo confiscatorio*, cit., pp. 181-184.

<sup>20</sup> In this sense we may, for instance, refer to a case related to Hungary. This State imposed a special taxation on rents based on compensations for cessation of work in the public sector, taxing at a rate of 98 percent the amount exceeding the equivalent of (Hungary does not have the euro) approximately 12,000€. Because of this, without limiting the foregoing, the European Court of Human Rights, through its ruling of 14 May 2013, condemned Hungary for violating, through this fiscal measure, the right to private property.



## **XV. The Different Degree of Realization of the Material Principles of Tax Law in the Various EU Member States**

**131.** At times, a greater level of realization within a Constitution of a specific principle does not necessarily imply a greater respect by the legislator. This is precisely what happens with regard to the principle of non-confiscatory taxes on revenue. If we had to focus on one of the Constitutions where the taxation principles are described in a more detailed way, we could choose the Constitution of Venezuela<sup>21</sup>; however, it is well known this is one of the states with fewer Tax Law guarantees on account of its problematic political system.

**132.** Young or recent Constitutions have better chances of using other earlier ones from other states as benchmarks. The main problem lies in the fact that the maturity of a political-constitutional system is more relevant to the effectiveness of a specific principle of Tax Law than the greater or lesser specificity expressed in the Constitution.

**133.** Thus, in this sense, we should necessarily focus on the example provided by the German political system. The Constitution of Germany does not specifically gather in its document the principle of non-confiscatory taxation in tax matters, but the Constitutional Court of Germany has inferred from the Right to Private Property –enshrined by the Constitution– the prohibition to confiscate by the tax system, even providing precise percentages as a boundary to the legislator, although this has been essentially done in terms of indirect taxes<sup>22</sup>.

**134.** We can use the example provided by Germany to stress that the explicit degree of realization of a principle in the Constitution is not as important as the specific interpretation of the latter by constitutional jurisprudence.

**135.** We could also claim that constitutional texts seem to brag about what they lack, as in the Spanish aphorism A constitutional document may not specifically emphasize the principle of non-confiscatory taxation but be found within a system where the jurisprudence of its Constitutional Court fully explores the possibilities of the Constitution. This, as previously stated, is what takes place in the system of Germany.

**136.** On the contrary, in Spain we find a very detailed declaration of the principles of taxation in its Constitution (art. 31.1), as compared to the majority of the Constitutions of neighbouring states. However, the Constitutional Court of Spain, when given the chance, has not made the most of this opportunity to specify, in a precise manner, which percentages of the taxes could be considered confiscatory. It is true, though, that the legitimacy of a tax system is shown on the level of public services, but taxpayers have certain rights regarding this –and regarding their condition as citizens and as governed citizens– which the legislator cannot empty of significance. Let us consider, especially, the Right to property, as a constitutionalized, fundamental right and even as a right enshrined in international documents.

**137.** At the same time, the Constitution of Spain recognizes the principle of progressivity as an inspiration for the Spanish tax system. The advancement of progressive indirect taxes as opposed to proportional indirect taxes is what could bestow greater progressivity on a tax system. Obviously, granted that, within indirect taxes, progressivity is well structured. Progressivity within indirect taxes, even though it may exist, is minimal compared to that within direct taxes.

**138.** Furthermore, the doctrinal development of the principles of taxation has been a lot greater in comparison with direct taxes than with indirect taxes. The main core of indirect taxes is harmonized

<sup>21</sup> Bear in mind article 317 of the Constitution.

<sup>22</sup> See P.M. HERRERA MOLINA, “Una decisión audaz del Tribunal Constitucional Alemán: el conjunto de la carga tributaria del contribuyente no puede superar el 50% de sus ingresos. Análisis de la Sentencia del BverfG de 22 de junio de 1995 y de su relevancia para el ordenamiento español”, *cit.*, pp. 1033 et ff.

according to EU directives, which set a harmonized minimum level of taxation in every Member state. Therefore, tax harmonization represents a clear reinforcement of indirect taxes --and an excessive increase of the harmonized minimum levels of taxation could clearly restrain the progressivity of the tax system, strengthening indirect taxes. Thus, by defining the principle of non-confiscatory taxation in revenue, regarding indirect taxes, the principle would not only materialize, but it would also ensure the effectiveness of the principle of progressive taxation as it determines a limit on indirect taxes, in such a way it will never be able to be illegitimately excessive as opposed to direct taxes.

**139.** According to this, the European Union is responsible for the failure of the principle of progressive taxation in fiscal issues, a principle attached to the Constitutions of the Member states.

## **XVI. The Idea of an Ignored Progressive Taxation before the Development of Indirect Taxes in the Tax Policy of the EU**

**140.** The principle of progressive taxation is presented as an inspiring principle of the Tax systems, its limit being never to reach a confiscatory nature. For example, it is thus specifically stated in the article 31.1 of the Constitution of Spain.

**141.** Still, progressive taxes represent an unresolved issue within Tax systems. What is more, the principle of progressive taxation, as the core principle of tax justice, represents, as we have stated, an unresolved issue within Constitutional Tax Law.

**142.** It was almost two decades ago that I heard Professor CORTÉS DOMÍNGUEZ explain in Baeza that, eventually, the only principle that would earn true virtuality in the EU would be the principle of deficit spending, whilst the concern for the material principles of Tax Law would be sidelined. Prof CORTÉS argued that he had really made a living out of the implementation of the principle of equity. The speech was filled with irony and still genuinely rational.

**143.** Even beyond the real concern for controlling the public deficit and the search of a balanced budget in the Member states of the EU, which was also mirrored in many of their Constitutions -whose similarity is now beginning to be problematized - we must not lose sight of the disastrous influence that tax harmonization in the European Community has had over the effect of the principle of progressive taxation.

**144.** If progressive taxation is a material principle of tax justice inspiring Tax systems, it will find effective implementation as long as, within these, the weight of progressive taxes --the more progressive the better- is greater than that of the non-progressive taxes. Usually, it is the structure of direct taxes that can more easily acquire a progressive dimension in its tax rates levels. On the other hand, although with few exceptions, indirect taxes do not usually include progressivity to their tax rates.

**145.** EU Tax harmonization has mainly focused on indirect taxes. Let us say that the skills of the EU institutions on tax harmonization reach, essentially, indirect taxes --and much less direct taxes. Moreover, the most important indirect taxes, although belonging to the State, are harmonized according to the directives of the EU. In this sense, let us consider the Value Added Tax or the excise duties, already mentioned. The Member states of the EU are forced to levy these taxes in their territory and they must do it within the boundaries set by the tax harmonization in the Community directives. These directives usually set minimum levels of tax, which must be respected by every Member state in their national Tax Laws.

**146.** This way the EU establishes in every Member state some minimum levels of indirect taxation, which they must comply with. That way, every Member state, when it is time to determine the amount of revenue from indirect taxes as opposed to revenue from direct taxes within its own Tax

system, runs into these unavailable minimum levels of indirect taxes set by the EU according to its tax harmonization skills.

**147.** However, with this issue or obstacle, the responsibility falls not only on EU institutions, but also onto every single one of its Member states, since the method of tax regulation within the Community is still operating the Unanimity rule; this means that it would only take one Member state opposition to prevent a tax harmonization directive from being approved. But still, as a matter of fact, the pressures of EU institutions and of some stronger Member states may influence to obtain the consent of other Member states, weaker or in need of some aid, to approve a certain tax harmonization directive. Furthermore, when the European Council adopts tax harmonization directives, not national parliaments but Governments are included in the Council<sup>23</sup>.

**148.** These issues blend with the fact that, at times, the various Governments boost fiscal reforms which sometimes do not completely correspond with the budgets of its regular economic policies. As a consequence, these reforms take place in a rather disorganized manner, which does not lead to a clear projection of the principle of progressive taxation.

**149.** Progressive taxation can never reach such a level that leads to a confiscatory Tax system, or that articulates a particular tax which contravenes the right to the taxpayer's private property, emptying of meaning this right, and, exceeding its social function. Nor can we fall into an upward swirl of indirect taxation, within the mentioned tendency boosted by the EU institutions that would ignore the principle of progressive taxation, as a material principle of tax justice.

## **XVII. Conclusions**

**150.** The definition of the material principles of tax justice in the fiscal discipline of the European Union would represent the necessary basis upon which to set an EU Tax Law that is more in line with the constitutional parameters, which have been regulating the Tax Law in every Member state of the European Union.

**151.** It is quite difficult to combine these four concepts or ideas, namely: indirect taxes, principles of tax justice, fundamental rights –or even human rights- and, lastly, environmental extra-taxation. Most approaches have neglected the analysis of the relations among these four concepts. But, at the same time, jurisprudence has not attempted either to clarify them, especially when given the chance to specify in some detail this legal situation. It has, instead, tried to sort some of these issues out through other more limited interpretive devices. We are persuaded that the European Union Court of Justice should play a major role here, especially since the more important indirect taxes, such as VAT and excise duties, are harmonized according to EU directives and through the shaping of some of these duties environmental purposes are aimed at. All the above with the additional burden of having to determine what are the limits of a true articulation in terms of environmental issues, and when we start to deal with an attempt to avoid free fiscal competition issues among States.

**152.** Within European Union Law we find various areas related with fiscal issues: firstly, we find community fiscal harmonization, which attempts to bring together the fiscal legislation of different member States in various fields. Then, we have the resources of the Community itself, which constitute a source of funding for the EU. Lastly, we have the cooperation in the implementation of taxes which the Community's institutions impose on all member States. This final area of European Union Law, that is, this obligation to cooperate among different fiscal institutions sometimes has an effect on the Community's

---

<sup>23</sup> As a general rule, according to the principle of legality and its materialization in the principle of reservation as to legislation, the essential elements of the tax can only be approved in the States by their Parliaments, which are the ones that approve the laws and the bodies that directly represent the citizens.

own taxes, and sometimes on harmonized State taxes. This means that this cooperation could be included within one of the two areas previously mentioned: either that of the Community's own resources of a fiscal nature, or that of fiscal harmonization. Yet, this regulatory action by the EU, which consists on imposing upon the member States the duty to cooperate among them in order to apply taxes, occasionally affects taxes which are neither part of the EU's own resources nor harmonized taxes according to directives of the Community. In this sense, we would be facing another, third, area different from the previous ones. This will be so unless we understand we are carrying out the fiscal harmonization on a formal level, that is, not in terms of the material or essential nature of the tax, but of their effective, or formal, application.

**153.** Out of the various fields pointed out in the above, the quandary of the principles of tax justice within European Union Law basically affects the area of fiscal harmonization, although it may well also have an impact on some specific fiscal tools of the European Union, such as customs duties. However, when giving shape to these the priority should be, for its own nature, the protection of the common market against those goods coming from overseas, non-EU, markets.

**154.** The European Union should be aware of the fact that an excessive strengthening of indirect harmonized taxation according to the directives of the Community, would eventually lead to a loss in the progressivity of the state tax systems.

# LA VECINDAD CIVIL Y LOS CONFLICTOS INTERTEMPORALES EN LA LEY DE DERECHO CIVIL VASCO

## THE BASQUE CIVIL NEIGHBOURHOOD AND THE INTERTEMPORAL CONFLICTS IN THE BASQUE CIVIL LAW

NEREA MAGALLON ELÓSEGUI

*Profesora Investigadora Ramon y Cajal  
Universidad del País Vasco*

Recibido: 05.06.2019 / Aceptado: 11.06.2019

DOI: <https://doi.org/10.20318/cdt.2019.4957>

**Resumen:** A través de la Ley de Derecho civil vasco 5/2015 se crea la vecindad civil vasca lo que supone un cambio automático de ley aplicable de todos aquellos que tuvieran vecindad civil en alguno de los territorios de la Comunidad Autónoma del País Vasco. Su creación reaviva de nuevo el debate sobre la competencia entre las CCAA y el Estado en materia de resolución de conflictos de leyes internos; y al mismo tiempo comporta la potencial multiplicación de los problemas adheridos al conflicto móvil en materia sucesoria. En este trabajo se analizará en primer lugar la adecuación de la nueva vecindad civil a los parámetros constitucionales y, en segundo lugar, los problemas de Derecho intertemporal que origina; todo ello ilustrado con la Resolución de la Dirección General de Registros el Notariado de 12 de junio de 2017 que proyecta esta nueva realidad sobre la práctica.

**Palabras clave:** Derecho Interregional, conflictos internos, Ley de Derecho Civil vasco, vecindad civil vasca, art. 9.8 CC, conflicto móvil, sucesiones, legítimas y preterición.

**Abstract:** Through the Basque Civil Law Act 5/2015 the Basque civil neighbourhood is created, which implies an automatic change of civil neighbourhood of all those who have a civil neighbourhood in one of the territories of the autonomous Community of the Basque Country. Its creation revives again the discussion on the competition between the CCAA and the State to respond to conflicts arising from interaction between various territorial legislative systems or internal conflicts. At the same time this creation involves the potential multiplication of the problems adhering to the mobile conflict in successions. This paper will first analyze the adequacy of the new civil neighbourhood to the constitutional parameters and, secondly, the problems of intertemporal law that originates, illustrated through the Resolution of the Directorate General of Registries The Notarized, of June 12, 2017, which projects this new reality on the practice.

**Keywords:** Interregional law, internal conflicts, Basque Civil Law, civil neighborhood, art. 9.8 CC, conflict movil, successions, legitimate and preteriation.

**Sumario:** I. Consideraciones introductorias. II. La vecindad civil vasca. 1. La unificación del Derecho civil vasco y la fijación de su ámbito de vigencia territorial. 2. La vecindad civil vasca como criterio de delimitación personal. III. Los problemas intertemporales en la ley de derecho civil del País Vasco. 1. La Disposición Transitoria 7ª de la LDCV y el conflicto móvil. 2. El artículo 9.8 CC y la remisión al sistema de legítimas anterior. 3. El Derecho transitorio en la ley vasca. IV. Conclusiones.

## I. Consideraciones introductorias

1. La entrada en vigor de la nueva Ley vasca 5/2015, de 25 de junio, de Derecho civil vasco<sup>1</sup> (en adelante LDCV) ha supuesto un gran paso en el desarrollo del Derecho civil vasco. Por fin<sup>2</sup>, se ha logrado la anhelada “vertebración” de las distintas leyes civiles que coexistían en la Comunidad Autónoma vasca junto con el Derecho civil común<sup>3</sup>. La LDCV, por primera vez, articula en un sólo cuerpo normativo (a salvo de algunas particularidades locales<sup>4</sup>) un Derecho civil vasco basado en raíces comunes aplicable a todo el territorio de la Comunidad.

De esta forma, se extiende a toda la Comunidad Autónoma una única legislación civil apoyada en instituciones y principios que, por razones, fundamentalmente históricas, se mantenían solo en parte del territorio y de manera fragmentada<sup>5</sup>. En la nueva ley se asientan la unidad familiar, la libertad civil y la conservación de patrimonios; se incorporan figuras nuevas como la custodia compartida y la casación civil<sup>6</sup>; pero también se hallan preceptos adheridos a los conflictos de leyes internos (en principio locales) que marcarán la perspectiva de este trabajo<sup>7</sup>.

2. En aras a la consecución de mencionada unificación, amparada en la potestad constitucional del legislador vasco para “modificar y desarrollar” el Derecho civil foral o especial, se ha creado la vecindad civil vasca. La extensión a todo el territorio de las instituciones civiles vascas requería establecer, de manera paralela, quiénes están sujetos a la norma. Constitucionalmente la competencia para realizar esta delimitación corresponde al legislador estatal, así que siguiendo al Código civil (en adelante CC), el criterio elegido no podía ser otro que la vecindad civil<sup>8</sup>. La sujeción a los derechos civiles forales o especiales coexistentes en territorio español depende de la vecindad civil (art. 14 CC), con lo que tener la vecindad civil en alguno de los territorios vascos marcará la sujeción al Derecho civil vasco conforme a lo establecido por el legislador estatal que es el que ostenta la competencia para determinar, por un lado, la eficacia y aplicación de las normas y, por otro, las normas de resolución de conflictos (149.1.8 CE). En efecto, la vecindad civil se erige en el elemento clave para resolver los conflictos de leyes internos en tanto punto de conexión escogido para determinar el estatuto personal en función del que se establece la ley aplicable (art. 16 CC), entre otras cosas, a las sucesiones; pero también se ha convertido en piedra angular de la unificación del Derecho civil vasco, y es aquí donde se puede llegar a dar un eventual choque competencial entre ambos legisladores.

3. En virtud del artículo 9.8 CC junto con el artículo 16 CC, de la vecindad civil depende la ley aplicable a la sucesión de una persona en supuestos vinculados con más de un ordenamiento jurídico de los coexistentes en el territorio español, y la introducción de la nueva vecindad civil vasca como elemento determinante para la aplicación personal de las particularidades sustantivas inherentes al Derecho

<sup>1</sup> Ley 5/2015, de 25 de junio de Derecho Civil vasco, *BOPV*, núm. 124, de 3 julio de 2015.

<sup>2</sup> Sobre el recorrido y la evolución de la Ley: trabajos, proyectos y tramitación J. GIL RODRÍGUEZ, “Por fin, hacia un Derecho civil vasco”, en *Jornadas: ¿hacia dónde van los Derechos civiles autonómicos?*, Facultad de Derecho de Granada, 29 mayo 2009.

<sup>3</sup> El termino es tomado de A. CELAYA que alude a la “Invertebración” del Derecho vasco compuesto por varios sistemas civiles y a su necesaria unificación en A. CELAYA IBARRA, “Los conflictos de leyes y el futuro del Derecho civil vasco”, en *Conflictos de leyes en el desarrollo del Derecho Civil vasco*, RSBAP, Bilbao, 1999, pp. 23-27.

<sup>4</sup> La libertad de testar de Ayala o el usufructo poderoso y la troncalidad o el régimen de comunidad de bienes del matrimonio vizcaíno.

<sup>5</sup> A. CELAYA IBARRA, *Derecho civil vasco*, Universidad de Deusto, Bilbao, 1998.

<sup>6</sup> Sobre las novedades de la Ley civil vasca: *Manual de Derecho civil vasco*, J. GIL RODRÍGUEZ, (Dir.), Barcelona, Atelier, 2016; *El Derecho civil vasco del s. XXI, De la Ley de 2015 a sus desarrollos futuros*. PV y RSBAP, Vitoria-Gazteiz, 2016; G. GALICIA AIZPURÚA, “Notas a la Ley 5/2015, de 25 de junio, de Derecho Civil vasco”, *Actualidad Jurídica Iberoamericana*, núm. 4, febrero 2016, pp. 303-320.

<sup>7</sup> J.J. ÁLVAREZ RUBIO, “Una renovada dimensión de los conflictos internos: la Ley 5/2015 de Derecho civil vasco y la interrelación entre bloques normativos”, *REDI*, vol. 68 (2016), 2, pp. 23-49.

<sup>8</sup> Al ejercer las competencias materiales se hace necesario delimitar el ámbito de aplicación de la norma para lo que se tendrá en cuenta la existencia de una determinada vinculación con la CCAA, tal y como establece A. BORRAS RODRÍGUEZ, “Los conflictos internos en materia de Derecho civil a la luz de la legislación actualmente vigente”, *Conflictos de leyes en el desarrollo del Derecho Civil vasco*, Bilbao, 1999, pp.71-89, p. 83, y en *Calificación, reenvío y orden público en el Derecho Interregional español*, Barcelona, 1984, pp. 12-14.

civil vasco va a comportar una serie de consecuencias. Así, la adquisición de la nueva vecindad civil lleva aparejada un cambio de ley aplicable que nos marca la segunda parte del trabajo: el conflicto móvil y los conflictos intertemporales o problemas de transitoriedad de la norma vasca.

4. La LDCV ha instaurado una serie de preceptos dirigidos a ordenar su aplicación temporal entre los que se encuentra la Disposición Adicional 7ª referida a la vecindad civil vasca; y los resultados de la aplicación de esta Disposición se vislumbran en la práctica a través de la Resolución de la Dirección General de Registros y del Notariado de 12 de junio de 2017<sup>9</sup> (en adelante RDGRN de 12 de junio de 2017) que se convierte en un ejemplo que ilustra nuestro estudio y alerta sobre la nueva coyuntura resultante de la aplicación de la norma vasca. La Disposición Adicional 7ª instaura la atribución automática de la vecindad civil vasca a todos aquellos que gocen de vecindad civil en cualquier territorio integrado en la Comunidad Autónoma en el momento de entrada en vigor de la norma –también a aquellos que ostentaban vecindad civil común que cambian de vecindad civil *ope legis*–; bordeando de nuevo los límites constitucionales en los que se mueve la LDCV, y rememorando un debate que, aunque se halla aparentemente zanjado<sup>10</sup>, sigue revelando una compleja relación entre el legislador estatal y los legisladores autonómicos en lo que respecta a la atribución de competencias que rodea al Derecho Interregional<sup>11</sup>. Al mismo tiempo el cambio de vecindad civil lleva aparejado también un cambio automático de la ley aplicable a la sucesión o conflicto móvil de especiales características.

5. Las cuestiones derivadas de la entrada de la nueva Ley van a ser ilustradas con la RDGRN de 12 de junio 2017 que se pronuncia sobre la suspensión de la inscripción de una escritura de herencia de un guipuzcoano divorciado con un hijo, que otorga testamento en 1994 (con vecindad civil común) a favor de ese hijo, pero fallece en 2016 con vecindad civil vasca y dos hijos más que conviven con él hasta su muerte y que son preteridos en virtud de la aplicación de la nueva ley vasca. El problema que se suscita deriva del cambio automático originado en la vecindad civil del causante en el intervalo de tiempo que pasa desde que realiza el testamento y su fallecimiento. Siguiendo la solución contenida en el artículo 9.8 del CC, este cambio supone la aplicación del ordenamiento civil vasco a la sucesión del causante, pero del Derecho civil común a su testamento, todo ello a salvo de las legítimas que se ajustarán –tal y como establece la DGRN– a la ley vasca, convirtiendo a los hijos sobrevenidos en preteridos y, según la nueva ley, injustamente en apartados.

6. Con el objetivo de señalar los problemas derivados de la proyección práctica de la nueva LDCPV en general, y de la vecindad civil vasca en particular, el trabajo tomará como punto de partida la adquisición de la nueva vecindad civil vasca; para luego atender a los problemas de Derecho transitorio de la norma vinculados al conflicto móvil, y en tercer lugar al controvertido ajuste que la RDGRN que nos trae causa hace de las legítimas a la ley vasca en calidad de *lex successionis*.

## II. La vecindad civil vasca

### 1. La unificación del Derecho civil vasco y la fijación de su ámbito de vigencia territorial

7. La LDCV ha culminado un proceso normativo hacia la definitiva consolidación de la vecindad civil vasca que fue iniciado con la Ley de Derecho Civil foral del País Vasco de 1992 (LDCFPV)<sup>12</sup>.

<sup>9</sup> Resolución de 12 de junio de 2017, de la Dirección General de Registros y del Notariado, en el Recurso interpuesto contra la calificación de la registradora de la Propiedad de San Sebastián núm. 6, por la que se suspende la inscripción de una escritura de aceptación y adjudicación de herencia, *BOE* núm. 159, de 5 de junio de 2017.

<sup>10</sup> Según el Dictamen del Consejo de Estado núm. 1537/92, en torno a la adecuación constitucional de la Ley 3/1992, de 1 de julio, de Derecho civil foral vasco. Consejo de Estado. Recopilación legal, 1993, pp. 66-92;

J.J. ÁLVAREZ RUBIO, “Una renovada dimensión de los conflictos de leyes internos; la Ley 5/2015 de Derecho Civil vasco y la interacción entre bloques normativos”, *REDI*, vol. 68(2016), 2, pp. 23-49.

<sup>11</sup> Como puso de relieve A. ARCE JANARIZ, *Comunidades Autónomas y conflictos de leyes*, Madrid, Civitas, 1987.

<sup>12</sup> J.J. ÁLVAREZ RUBIO, “La vecindad civil como conexión general del sistema de Derecho Interregional y el Derecho civil

Ha sido un proceso largo y controvertido desde un punto de vista competencial que auguraba dificultades en su proyección práctica a la realidad social y jurídica del País Vasco. La Resolución de la DGRN que comentamos es una muestra de lo que está sucediendo.

La perspectiva competencial que envuelve a la creación de la vecindad civil vasca tiene como punto de partida el debatido reparto constitucional del artículo 149.1.8 CE, tanto en materia civil como para resolver conflictos de leyes. Y se empapa de la peculiaridad normativa existente en el País Vasco amparada por una particular evolución histórica que justifica la singularidad del artículo 10.5 del Estatuto de Autonomía del País Vasco (EAPV)<sup>13</sup>. Recordamos, sucintamente, que la existencia en la Comunidad Autónoma vasca de tres Territorios Históricos con distintos ordenamientos jurídicos, que convivían entre sí y con el Derecho civil común, ha originado una situación plurilegislativa en un nivel *ad intra* que tiene como resultado el eventual surgimiento de conflictos de leyes internos o conflictos interlocales. En Bizkaia, Álava y Gipuzkoa se han aplicado, a lo largo de la historia, singularidades civiles con un ámbito de vigencia territorial y personal limitado, que han dotado de características propias a los conflictos de leyes producidos en el interior de la CCAA. Sin embargo, a pesar de que la existencia de ordenamientos de carácter local o comarcal dentro de una misma CCAA constituye una de las particularidades de Derecho Interregional español<sup>14</sup>, se encuentra marcada por su difícil anclaje en las normas constitucionales de reparto competencial.

**8.** Por si fuera poco, la complejidad interpretativa derivada de la remisión realizada por vía del artículo 16 CC a las normas de Derecho Internacional privado para resolver también los conflictos de leyes puramente internos se ha incrementado con la entrada en el juego competencial de una nueva norma que ha desplazado al criterio elegido por el CC para resolver los conflictos de leyes en materia sucesoria: el Reglamento (UE) núm. 650/2012 del Parlamento Europeo y del Consejo, de 4 de julio de 2012, relativo a la competencia, la ley aplicable y reconocimiento y ejecución en materia de sucesiones transfronterizas<sup>15</sup> (en adelante R 650/2012) cuya aplicación comporta la sustitución de la nacionalidad del causante del artículo 9.8 CC por la residencia habitual en el momento del fallecimiento (art. 21.2 R 650/2012)<sup>16</sup>.

**9.** Para entender el contexto que envuelve a la creación de la vecindad civil vasca debemos partir de una premisa clave: la necesidad de delimitar el ámbito de aplicación de los ordenamientos civiles, simultáneamente vigentes en el País Vasco en una dimensión local, se ha convertido en una cuestión imprescindible e inherente al propio desarrollo orgánico del Derecho civil vasco<sup>17</sup>. En el transcurso de este proceso se ha tenido que hacer frente a la inseguridad jurídica resultante de una diversidad legislativa heredada que debía adecuarse a unos parámetros constitucionales que no repararon en ella<sup>18</sup>. Bajo

---

vasco: análisis en clave funcional”, *REDI*, vol. LIII (2001), 1 y 2, pp. 76-103 y “Hacia una vecindad civil vasca”, *JADO*, núm. 4, 2007, pp. 43-63.

<sup>13</sup> La perspectiva histórica es clave para interpretar el contexto en el que se aplican el art 149.1.8 CE y el 10.5 EAPV: STC 88/1993, de 12 de marzo, *BOE* núm. 90, de 15 de abril de 1993.

<sup>14</sup> A. BORRAS RODRÍGUEZ, “Les ordres plurilegislatifs dans le Droit international privé actuel”, *R. des C.* 1994-V, t. 249. 145-368, (161-186); R. ARENAS GARCÍA, “Derechos forales, Derechos locales y Derecho consuetudinario en España: origen histórico y determinación de su ámbito de vigencia territorial”, *RJA*, núm. 21, 1997, pp. 93-114.

<sup>15</sup> Reglamento (UE) núm. 650/2012 del Parlamento y del Consejo, de 4 de julio de 2012, relativo a la competencia, 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, *DOL* 201, de 27 de julio de 2012.

<sup>16</sup> Sin embargo, en este trabajo no se va a tener en cuenta los supuestos en los que se aplica el R650/2012 en tanto conflictos de leyes de naturaleza transfronteriza, únicamente nos referiremos a los conflictos de leyes puramente internos producidos en territorio español evitando entrar en el debate sobre la viabilidad de aplicar el Reglamento a este tipo de conflictos, ni en el análisis de las disposiciones relativas a la remisión a ordenamientos plurilegislativos del mismo (arts. 36-38), al respecto: A. FONT I SEGURA, “La remisión intracomunitaria a sistemas plurilegislativos en el Reglamento 650/2012 en materia de sucesiones”, en *El nuevo marco de las sucesiones internacionales en la Unión Europea*, I. Calvo Vidal (Coord.) Madrid, Consejo general del Notariado, 2014, pp. 75-121.

<sup>17</sup> La STC 88/1993, de 12 de marzo, *BOE* núm. 90 de 15 de abril de 1993 sobre recurso de inconstitucionalidad contra la Ley 3/1988, de 25 de abril, de las Cortes de Aragón, señalaba como inherente al significado de la noción “desarrollo” una acción legislativa que haga posible su crecimiento orgánico.

<sup>18</sup> J.L. IRIARTE ÁNGEL, “Parámetros constitucionales para los conflictos de leyes internos en materia civil”, *Conflictos en el desarrollo del Derecho civil vasco* RSBAP, Bilbao 1999, pp. 39-62.



esta premisa, la LDCFPV constituyó el primer paso hacia la futura consolidación de la vecindad civil vasca. En ella se insertaron una serie de preceptos dirigidos a fijar el ámbito de aplicación, tanto territorial como personal de las Instituciones civiles vascas con los que el legislador vasco parecía asumir competencia para dictar normas de Derecho Interregional en un nivel local, provocando el debate sobre la potestad autonómica y su potencial invasión de las competencias estatales en materia de resolución de conflictos de leyes<sup>19</sup>.

**10.** La LDCV ha dado un paso más y con el fin de instaurar un ordenamiento civil vasco único ha extendido su ámbito de aplicación territorial a toda la Comunidad Autónoma vasca, a tenor del artículo 8 LDCV, lo que nos lleva a recordar la polémica que se produjo en torno a los criterios de delimitación con la Ley anterior para tomarla como punto de partida y proyectarla sobre la nueva norma. Recordamos que las dudas acerca de la constitucionalidad de los preceptos delimitadores de la aplicación del Derecho civil vasco integrados en la LDCFPV se solventaron mediante el Dictamen del Consejo de Estado 1537/1992 emitido a raíz del Recurso de inconstitucionalidad contra la norma vasca auspiciado por los órganos centrales del Estado<sup>20</sup>; y no sólo son extrapolables en parte a la nueva LDCV sino que han sido tomados como argumentos definitivos en aras a justificar la fijación sus criterios de aplicación en su proceso de elaboración, por lo que los traeremos a colación en aras a examinar su aplicación a la nueva realidad normativa.

**11.** Conforme al tenor del artículo 10.5 del Estatuto de Autonomía del País Vasco (EAPV) el legislador vasco posee competencia exclusiva para conservar, modificar y desarrollar el Derecho civil foral y especial, escrito o consuetudinario propio de los Territorios Históricos que integran el País Vasco y para fijar el ámbito territorial de su vigencia. Es decir, el artículo 10.5 EAPV funciona como criterio de atribución de la competencia en el que se basa la potestad del legislador autonómico para delimitar el ámbito de vigencia territorial del Derecho civil vasco. Como se ha dicho en multitud de ocasiones, se trata de un artículo especial respecto a otros Estatutos de Autonomía que responde a la complejidad inherente a la coexistencia dentro de la Comunidad Autónoma vasca de la legislación foral y común, y la tradicional ausencia de aplicación uniforme del Derecho civil vasco<sup>21</sup>. La delimitación de los territorios sometidos a Derecho civil foral en el interior de la Comunidad Autónoma vasca se convirtió en algo imprescindible desde que la entrada en vigor de la Constitución refleja la falta de coincidencia entre el territorio autonómico y el territorio de aplicación del Derecho foral<sup>22</sup>. El último inciso del artículo 10.5 EAPV responde a esta necesidad, y faculta al legislador vasco en el ejercicio de sus competencias a fijar el límite de vigencia espacial del Derecho civil vasco. La cuestión se traslada entonces a los límites de dicha potestad que, siempre que respete el criterio territorial convertido también en ámbito espacial para el ejercicio de su competencia<sup>23</sup>, le faculta para delimitar su aplicación bien respecto a un parte del territorio de la CCAA o bien respecto a la totalidad de este<sup>24</sup>. De esta forma se extrae del artículo 10.5

<sup>19</sup> Entre estos preceptos se encontraba la regulación de la vecindad civil local. Los arts. 12 y 13 LDCFPV delimitaban el ámbito de aplicación personal del Fuero Civil de Bizkaia creando una vecindad civil local de vizcaíno aforado y de vizcaíno no aforado que respondía a la dualidad legislativa preexistente en este territorio en materia civil. Los vizcaínos aforados eran aquellos que históricamente poseían la vecindad civil foral de vizcaíno infanzón o aforado y los vizcaínos no aforados se asemejaban a los vecinos de Derecho común. En conjunción con el art 6, la LDCFPV reconocía la vecindad civil vizcaína a todos los que ostentaran vecindad civil en Bizkaia –aunque a los vizcaínos no aforados se les otorgaba una vecindad civil “menos plena”–, en tanto solo se les aplicaba parcialmente el Fuero: J.J. ÁLVAREZ RUBIO, “La vecindad civil como conexión general del sistema de Derecho Interregional y el Derecho civil vasco: análisis en clave funcional”, *REDI*, vol. LIII(2000) 1 y 2, pp. 75-102.

<sup>20</sup> Dictamen del Consejo de Estado núm. 1537/92, en torno a la adecuación constitucional de la Ley 3/1992, de 1 de julio, de Derecho civil foral vasco. Consejo de Estado. *Recopilación legal*, 1993, pp. 66-92

<sup>21</sup> Vid. M<sup>a</sup>. P. SÁNCHEZ GONZÁLEZ, “Competencias de los Parlamentos Autonómicos en la elaboración del Derecho Civil: estudio del art. 148.1.9 de la Constitución”, *ADC*, 1986-IV, pp. 709-735.

<sup>22</sup> La dualidad legislativa y la necesaria delimitación territorial es cuestión que se pone de relieve en la Exposición de Motivos de la Compilación de 1959 de Vizcaya y Álava, aprobada por Ley de 30 de julio de 1959, vigente cuando entra en vigor la CE.

<sup>23</sup> J.D. GONZÁLEZ CAMPOS, “El marco constitucional de los conflictos de leyes internos en España”, en *Europäischer Binnenmarkt IPR und Rechtsangleichung*, Hommelhoff/Jayme/Mangold, Heidelberg, 1995, pp. 7-32. p. 19

<sup>24</sup> Así lo establece J.D. GONZÁLEZ CAMPOS, en la reseña bibliográfica sobre *Conflictos de leyes en el desarrollo del Derecho civil vasco*, Bilbao 1999, *REDI* vol. LI, 1999-2, pp. 834-836.

EAPV la competencia para delimitar el ámbito de aplicación de un Derecho civil foral respecto a otro, el de los tres Derechos civiles forales respecto al Derecho común y el de las instituciones comunes a los tres Derechos civiles respecto a este último<sup>25</sup>.

12. En esta línea se promulga el artículo 8 de la nueva LDCV que establece que se aplicará en todo el ámbito territorial de la Comunidad Autónoma vasca (salvo aquellos preceptos de vigencia en un territorio concreto). Ahora bien, debemos recordar que desde un punto de vista material –tal y como subrayaba el Dictamen del Consejo de Estado mencionado– ello no significa que tal competencia para la fijación del ámbito de aplicación sea ilimitada y pueda ser ejercitada de cualquier modo por parte de la Comunidad Autónoma. Al igual que la conservación, modificación y desarrollo del Derecho foral o especial, la extensión o modificación del ámbito territorial también tiene un límite desde el punto de vista sustantivo que requiere una mínima vinculación al menos con sus principios informadores: “necesitará una patente conexión con las singularidades identificadoras del Derecho civil foral o espacial”<sup>26</sup>. De modo que no se permite a la Comunidad Autónoma una competencia ilimitada para fijar el ámbito de vigencia de su Derecho civil sino una modificación del ámbito territorial que comprenda la existencia de una conexión del territorio con las singularidades de Derecho foral<sup>27</sup>. En esta línea, la Exposición de Motivos de la LDCV defiende su carácter de mínimo común denominador en base a que las diferencias preexistentes en el campo de la costumbre foral eran más formales que materiales<sup>28</sup>. Dicho de otro modo, se han buscado unos cánones hermenéuticos comunes con el objetivo no sólo de aunar sino también de adecuar las instituciones vascas a los tiempos actuales<sup>29</sup>.

13. En tanto el objetivo de la LDCV al extender su ámbito de aplicación territorial sea establecer una unificación interna del Derecho material coincidimos en considerarla dentro del marco constitucional. Además, puede entenderse que la intención del legislador vasco es modificar el ámbito territorial del Derecho civil vasco sin necesidad de adherir el ejercicio de esa competencia a la resolución de conflictos ya sean locales o no. Sin embargo, las dudas sobre su constitucionalidad pueden resurgir si tenemos en cuenta que no sólo se trata de delimitar el ámbito de aplicación del Derecho civil propio, sino que a través de la norma se modifica también el ámbito de aplicación del Derecho civil común en el interior de la propia CCAA y que, tal extensión supone la desaparición de uno de los Derechos civiles coexistentes<sup>30</sup>, afectando en cierto modo a la competencia del legislador estatal.

## 2. La vecindad civil vasca como criterio de delimitación personal

14. La nueva norma vasca también delimita el ámbito de aplicación personal del Derecho civil vasco instaurando, a través del artículo 10 LDCV, una vecindad civil vasca fundamentada en el establecimiento de un Derecho vasco “común” aplicable a todos los ciudadanos vascos y una vecindad civil “local” correspondiente a quienes tengan vecindad civil en aquellos territorios donde subsisten las especialidades locales. Al mismo tiempo este artículo se refiere a la adquisición, conservación y pérdida de la vecindad civil común o local remitiéndose a lo estipulado en el CC. Se trata de una disposición dictada como consecuencia del ejercicio de la competencia del legislador autonómico para delimitar el ámbito de vigencia espacial de su Derecho civil y de su extensión a todo el territorio autonómico, así que la delimitación del ámbito de aplicación de la norma desde el punto de vista espacial parece convertirse en fundamentación de la determinación de su ámbito de aplicación personal. Como ya hemos apuntado en el epígrafe anterior, la LDCV pasa a regir en lugares donde antes regía el Derecho civil común y el sometimiento de estos territorios a un nuevo régimen jurídico comporta que aquellos que tuvieran vecindad civil en ese territorio (y que la habían adquirido conforme a los modos de adquisición y pérdida

<sup>25</sup> J.J. ÁLVAREZ RUBIO, “Hacia una vecindad...”, *op.cit.*, nota 7, p. 52.

<sup>26</sup> Así lo establece el Dictamen del Consejo de Estado núm. 1537/92, p. 18

<sup>27</sup> En el mismo sentido, J.J. ÁLVAREZ RUBIO, “Los conflictos de leyes en la Ley vasca de 1 de julio de 1992”, en *Conflictos en el desarrollo del Derecho civil vasco*, RSBAP, Bilbao 1999, pp. 91-12 (p. 105).

<sup>28</sup> Límite que, según G. GALICIA AIZPURÚA, “Notas a la Ley 5/2015...”, *op. cit.*, nota 5, p. 308 respeta la norma vasca.

<sup>29</sup> Como señala J.J. ÁLVAREZ RUBIO, “Una renovada...”, *op.cit.*, nota 7, p. 29

<sup>30</sup> Tal y como resaltaba A. BORRÁS RODRÍGUEZ, “Los conflictos ...”, *op.cit.*, nota 8, p. 88.

del artículo 14CC) comienzan a tener vecindad civil vasca porque tienen vecindad civil en un territorio en el que se aplica el Derecho civil vasco.

Así sucede en el caso que ha dado pie a la Resolución de la DGRN de 12 de junio en la que un guipuzcoano de vecindad civil común cambia de vecindad con la entrada en vigor de la LDCV y obtiene automáticamente la vecindad civil vasca. Tal y como alegaba el Dictamen del Consejo de Estado mencionado se puede decir que, en realidad, no se altera la causa en virtud de la que adquiere la vecindad civil y que, en efecto, no se produce la adquisición “*ex novo*” de la vecindad civil vasca, sino que se cambia de vecindad como consecuencia natural de la modificación del régimen aplicable en ese territorio<sup>31</sup>. Todo ello porque según el artículo 14 del CC tienen vecindad civil vasca los que tengan vecindad civil en territorio donde rija el Derecho civil vasco, así que poco aporta lo estipulado por el legislador autonómico. Siguiendo esta argumentación realmente el artículo 10 LDCV es un precepto que podemos calificar de innecesario y “superfluo”<sup>32</sup>: la vigencia territorial del Derecho autonómico depende del factor espacial de las normas atributivas de competencia siempre que sea el legislador autonómico el que delimite su ámbito de aplicación y las normas de aplicación personal dependen del sistema estipulado en el CC por el legislador estatal que es de general aplicación a todos los Derechos autonómicos<sup>33</sup>, tal y como por su parte se ratifica en el artículo 9 de la LDCV. La norma se seguiría aplicando a quienes tienen vecindad civil en el territorio donde rige el Derecho civil vasco, aunque no existiera el artículo 10 LDCV.

**15.** Sin embargo el carácter reiterativo de la norma, su remisión al CC y su vinculación a la delimitación de vigencia espacial del Derecho civil vasco se convierte en argumento que salva su constitucionalidad, pese a que también la vacía de contenido. Pero no podemos obviar que la vecindad civil se erige en conexión para determinar el estatuto personal y una reglamentación de la vecindad civil divergente de las soluciones generales contribuiría a romper con la unidad y uniformidad del sistema de Derecho Interregional<sup>34</sup>. La admisión de una regulación de la vecindad civil en las leyes autonómicas, aunque sea idéntica a la del CC, también puede producir futuras contradicciones que no tardarían en aparecer si el legislador estatal promoviera una modificación en el sistema de resolución de conflictos<sup>35</sup>, lo que podría suceder si aplicáramos el Reglamento europeo sobre sucesiones para resolver los conflictos de leyes puramente internos<sup>36</sup> o si se elaborara una Ley específica de Derecho Interregional que apostara por la residencia habitual en vez de por la vecindad civil<sup>37</sup>.

**16.** La atribución de la competencia para determinar la vigencia territorial de las normas autonómicas tiene como destinatarios a los legisladores autonómicos y les condiciona en el momento de legislar (en el caso del legislador vasco con la peculiaridad de la delimitación *ad intra*); sin embargo, las normas de Derecho Interregional tienen un momento de actuación posterior en el que la aplicabilidad de una norma autonómica no implica necesariamente la competencia de la Comunidad Autónoma que la dicta<sup>38</sup>. La fijación del ámbito territorial de vigencia en nuestro caso supone acotar el territorio en el

<sup>31</sup> En el mismo sentido, J.J. ÁLVAREZ RUBIO, “Hacia una vecindad...”, *op. cit.*, nota 7, p. 52.

<sup>32</sup> G. GALICIA AIZPURÚA, “Notas a la Ley 5/2015...”, *op. cit.*, nota 5, p. 308.

<sup>33</sup> Al respecto A. ARCE JANARIZ, *Comunidades Autónomas y...op. cit.*, nota 11 p. 179.

<sup>34</sup> Tal y como sostuvo el Tribunal Constitucional en su Sentencia 156/1993, de 6 de mayo, *BOE* núm. 127, de 28 de mayo de 1993.

<sup>35</sup> S. ÁLVAREZ GONZÁLEZ, “Derecho Interregional civil en dos escalones”, en *Estudios de Derecho Interregional*, De Conflictu Legum, Estudios de Derecho Internacional Privado, núm.9., Universidad de Santiago de Compostela, 2007, pp. 15-43, p. 25.

<sup>36</sup> A. FONT I SEGURA, “La remisión intracomunitaria a sistemas plurilegislativos en el Reglamento 650/2012 en materia de sucesiones”, en AAVV., *El nuevo marco de las sucesiones internacionales en Europa* (Calvo Vidal, I.), Consejo general del Notariado, Madrid, 2014, pp. 446-448.

<sup>37</sup> A. BORRAS, “Quin hauria de ser el paper del veïntage civil en Dret interregional del futur?”, *RJC*, (2010), núm. 4, pp. 995-1020.

<sup>38</sup> Tal y como destaca A. ARCE JANARIZ, en *Comunidades Autónomas... op. cit.*, nota 11, p.90 : “si no fuese así, cada vez que con arreglo a las normas de Derecho interregional un ordenamiento autonómico fuese aplicable a un supuesto particularmente localizado dentro de la esfera de acción del legislador autonómico, es decir, a un supuesto para cuya regulación no fuese inicialmente competente el legislador autonómico, podría impedirse el resultado a que conduce la norma de Derecho Interregional, oponiendo la incompetencia de la Comunidad autónoma de que se trate, con lo cual entorpecería el normal funcionamiento de las normas de Derecho Interregional”.

que está vigente el Derecho civil vasco y los supuestos considerados en la ley autonómica han de estar conectados a la esfera de competencia de la Comunidad Autónoma vasca en un ejercicio que además es previo al juego del sistema conflictual puesto que concreta el espacio sobre el que van a operar posteriormente las normas de conflicto<sup>39</sup>. Si la norma atributiva de la competencia del legislador autonómico está predeterminada por un factor espacial territorial no puede dotar de extraterritorialidad a su legislación civil a través de criterios de aplicación no territoriales; lo que no implica que el Derecho civil vasco no pueda tener efectos extraterritoriales<sup>40</sup>, pero sí que dicha posibilidad dependerá de las normas que fijan la aplicabilidad de los Derechos civiles coexistentes o de Derecho Interregional. Por tanto, podemos concluir que el artículo 10 LDCV no era necesario para determinar el ámbito de aplicación de la norma y su introducción no aporta más que la reactivación del debate sobre su constitucionalidad.

**17.** Otra cuestión distinta es si esa determinación del ámbito de aplicación se refiere al interior de la propia Comunidad Autónoma, es decir, si encuadra en un nivel local con el objetivo de solventar los conflictos interlocales pero respetando el límite territorial. De hecho, esa ha sido la intención del legislador vasco al introducir la vecindad civil vasca que considera como premisa fundamental para atender eficazmente a la resolución de los conflictos de leyes que se dan en el interior de la Comunidad vasca o conflictos interlocales, y dotar de una mayor seguridad jurídica al Derecho civil vasco<sup>41</sup> (Exposición de Motivos de la LDCPV). Lo mismo convino el Dictamen del Consejo de Estado respecto a las presunciones sobre la vecindad civil (entonces aforada y no aforada) establecidas en la LDCFPV, al disponer que no se referían a los conflictos interregionales sino a los conflictos “interlocales”, creando diferentes niveles o escalones de actuación que salvaguardaron su constitucionalidad, motivaron la retirada del Recurso de inconstitucionalidad y evitaron el pronunciamiento del Tribunal constitucional al respecto. Sin embargo, la vecindad civil vasca integrada en la nueva norma no se limita a solventar eventuales conflictos interlocales y como ya hemos visto anteriormente, confiere a su aplicación de una dosis de extraterritorialidad que en cierto modo la separa de esta argumentación.

**18.** La Resolución de la DGRN también nos ayuda a destacar la manifestación de eventuales desajustes en el sistema vinculados a otro de los límites presentes en el debate competencial: el principio de igualdad. El principio de igualdad que sin ser un límite a la diversidad derivada del reparto de competencias y del desarrollo de este por parte de las Comunidades Autónomas<sup>42</sup>, comporta la necesaria igualdad ante cada ordenamiento jurídico para todos los que estén sometidos o se ven afectados de un modo u otro por sus normas. Es decir, nos obliga a sortear diferencias ligadas a la “ciudadanía de cada Comunidad”<sup>43</sup> o mejor dicho a los vecinos de una Comunidad en la medida que se encuentren afectados por el ordenamiento autonómico lo sean en pie de igualdad. En este caso nos ocupamos de un guipuzcoano con vecindad civil en territorio guipuzcoano y, por tanto, de vecindad civil local guipuzcoana (conforme a la que se aplica el Derecho civil común salvo determinadas especificidades en torno al caserío<sup>44</sup>) que fallece tras la entrada en vigor de la LDCV y como consecuencia del cambio de régimen aplicable al territorio guipuzcoano con vecindad civil vasca. Pero si se tratara de la sucesión de un vecino de Burgos con vecindad civil común y residente en Donostia desde hace tres años no adquiriría la vecindad civil vasca como consecuencia del cambio de régimen aplicable en su lugar de residencia hasta

<sup>39</sup> A. ÁLVAREZ GONZÁLEZ, “Derecho Interregional...”, *op.cit.*, nota 35, p. 23.

<sup>40</sup> A. ARCE JANARIZ, *Comunidades Autónomas...* *op.cit.*, nota 11, p. 141.

<sup>41</sup> Según la STC 226/1993, de 8 de julio de 1993, *BOE* núm. 183, de 2 de agosto de 1993: “cuando las conexiones abstractas y neutras aseguradoras de una aplicación indistinta no ofrezcan una solución clara y cierta que demanda la seguridad del tráfico” se deberá ponderar entre la paridad de todos los ordenamientos y la seguridad y certeza de su aplicación, y cuando resulte imposible su equilibrio, el límite de la seguridad prevalecerá sobre la paridad entre ordenamientos. Tal y como subraya J.J. ÁLVAREZ RUBIO, “Una renovada...”, *op.cit.*, nota 10, p. 41-42

<sup>42</sup> Como se puso de relieve en la STC 236/2000, de 16 de octubre, *BOE* núm. 276 de 17 de noviembre de 2000.

<sup>43</sup> Siguiendo las teorías sobre el principio de igualdad de I. OTTO, “Los derechos fundamentales y la potestad normativa de las Comunidades Autónomas en la Jurisprudencia del Tribunal Constitucional”, *RVAP*, núm. 10, vol. II, pp.1-20, a raíz de la STC 37/81 en torno a la constitucionalidad de la Ley del Parlamento Vasco 3/81, de 12 de febrero, sobre Centros de Contratación de Cargas de Transporte terrestre de Mercancías, *BOE* 28 noviembre de 1981.

<sup>44</sup> N. MAGALLÓN ELÓSEGUI, *La proyección del Derecho Interregional español sobre el Derecho civil guipuzcoano*, Thomson-Aranzadi/Diputación Foral de Gipuzkoa, Cizur, 2008.

que no trascurrieran diez años o hubiera mostrado voluntad de adquirirla y a diferencia del vecino guipuzcoano moriría con vecindad civil común y se le aplicaría a su sucesión el Derecho civil común (que por otro lado, también se le aplicaba también al guipuzcoano). Se trata de dos vecinos guipuzcoanos que ven regulada su sucesión por el Derecho civil común y sin embargo uno queda sometido a la nueva Ley vasca a partir de su entrada en vigor y el otro no. Por otro lado, aunque no sea aquí encuadrable, no nos resistimos a mencionar la posibilidad de que un guipuzcoano con vecindad civil común (y luego guipuzcoana) pero residente en Francia o con una casa en Las Landas<sup>45</sup> que falleciera con posterioridad a la entrada en vigor de la LDCV vería sometida su sucesión a la ley de su residencia habitual, es decir a la ley francesa en aplicación del Reglamento 650/2012 sobre sucesiones.

### III. Los problemas intertemporales de la ley vasca

19. Además de las disyuntivas acerca de la conveniencia de haber introducido la vecindad civil vasca en la LDCV, la promulgación de la nueva ley produce problemas de validez en el tiempo de las normas. Así se advierte en la RDGRN, y un análisis de la postura adoptada por la DGRN, por la Registradora de la Propiedad y por el Notario sobre la escritura de herencia nos va a ayudar a entenderlos. La promulgación de la LDCV comporta, por un lado, la modificación de la LDCFPV anteriormente vigente en el territorio vasco con las consiguientes cuestiones de Derecho transitorio derivadas de la aplicación en el tiempo de dos leyes sucesivas. Y, por otro, el cambio de vecindad civil inherente a dicha modificación supone una alteración en el punto de conexión elegido por la norma de conflicto en materia sucesoria (art. 9.8 CC) o conflicto móvil de especiales características<sup>46</sup>. Tales cuestiones se enmarcan en el “Derecho general de colisión” en el que también se hallan los problemas de sucesión en el tiempo de las normas de Derecho Internacional privado. Sin embargo, aunque la estructura formal de las normas de conflicto y de las normas de Derecho transitorio es muy parecida se ocupan de realidades diferentes. El Derecho transitorio es el conjunto de reglas que ordenan la sucesión temporal de las normas estableciendo su vigencia en el tiempo y el Derecho Internacional privado establece su localización espacial<sup>47</sup>. Como veremos, ambas se emplean para señalar cuál de los ordenamientos jurídicos en juego es aplicable, bien porque sean simultáneamente vigentes (Derecho de colisión intertemporal) o bien porque sean sucesivamente vigentes (Derecho de colisión atemporal) y lo hacen a través de una técnica similar<sup>48</sup>.

#### 1. La Disposición Transitoria 7<sup>o</sup> de la LDCV y el conflicto móvil

20. El problema de validez temporal que gira en torno a las normas de conflicto integrado en el Derecho de colisión intertemporal puede surgir cuando entre el momento del nacimiento de la situación y el momento en el que se plantea la controversia que da lugar a la intervención de un Tribunal se ha producido la alteración de la norma de conflicto, una modificación de la conexión utilizada por la misma o el cambio de la ley material por ella señalada (*lex causae*)<sup>49</sup>. La cuestión estriba en ¿qué norma se debe

<sup>45</sup> Departamento francés en la costa del Sudoeste de Francia en la que frecuentemente acuden los guipuzcoanos a pasar sus vacaciones.

<sup>46</sup> Vid. F. RIGAUX, “Le conflit mobile en droit International privé”, *R. des C.*, 1966-1, T-17, pp. 333-431; E. ZABALO ESCUDERO, “Vecindad civil, conflicto móvil y Derecho civil aragonés”, Academia Aragonesa de jurisprudencia y legislación, Zaragoza, 2005.

<sup>47</sup> W. GOLDSMITH, “Sistema formal del Derecho de colisión en el espacio y en el tiempo”, *Rev. crit. Der. Inn.*, núm. 148, 1944, pp. 705-720; Sobre las similitudes y diferencias entre el Derecho Internacional privado y el Derecho transitorio: P. ROUBIER, “Les conflits de lois dans le temps en droit international privé”, *Rev. crit. dr. int. pri.*, 1931, pp. 38-86; I. SZASZY, “Les conflits de lois dans le temps”, *R. des C.*, t 47, 1934; A. ORTIZ ARCE, “El Derecho Internacional privado y sus problemas de validez temporal”, en *Derecho Internacional Privado*, vol I, t II, n° 3, 1977, pp. 135-170. J.C. FERNÁNDEZ ROZAS, “Sucesión en el tiempo de la norma de conflicto y la ley rectora del estatuto personal de apátrida”, *Revista de Derecho político*, 1979, 3, pp. 42-72; en torno a los problemas de aplicación en el tiempo del Reglamento 650/2012 véase M. REQUEJO ISIDRO, “El tiempo en el Reglamento 650/2012. Ilustraciones de la práctica española”, *REDI*, vol. 70 (2018), 2, pp. 127-154.

<sup>48</sup> Como dice J.C. FERNÁNDEZ ROZAS, “Sucesión de normas y Derecho Internacional Privado: consideraciones en torno a la crisis de las soluciones unitarias en el Derecho intertemporal”, *Hacia un nuevo orden internacional y europeo. Estudios en homenaje al profesor Don Manuel Diez de Velasco*, Madrid, Tecnos, 1993, pp. 1349-1372.

<sup>49</sup> A. ORTIZ ARCE, “El Derecho...*op.cit.*, nota 47, pp. 135-168; J.C. FERNÁNDEZ ROZAS, “Sucesión...”, *op.cit.*, nota 48, pp.

aplicar para resolver una controversia derivada de una situación producida con anterioridad a la modificación: ¿la norma anterior o la norma posterior? o ¿qué incidencia tienen las modificaciones legislativas sobre situaciones regidas por leyes anteriores?

**21.** Vamos a analizar esta cuestión a través de la Resolución de la DGRN porque nos ayudará a vislumbrar los problemas plantea la LDCV. El supuesto en este caso versa sobre un guipuzcoano que otorga testamento el 7 de julio de 1994 bajo la vigencia de la LDCFPV en el territorio de la Comunidad Autónoma vasca, pero fallece el 3 de septiembre de 2016 una vez que ha entrado en vigor la LDCV, así que en el momento en el que se plantea la controversia derivada de la apertura de la sucesión se ha producido una modificación de la Ley que rige en el territorio vasco que lleva aparejada un cambio en su vecindad civil y, por ende, en la ley aplicable a su sucesión. A tenor del artículo 9.8 CC su sucesión se regirá por la ley de su vecindad civil en el momento del fallecimiento, es decir por la LDCFPV. Sin embargo, cuando otorga testamento a pesar de tener vecindad civil en territorio guipuzcoano y de no haberse sometido a ningún cambio en su residencia habitual se le aplica el Derecho civil común.

Desde el punto de vista del Derecho de colisión intertemporal en un primer momento en tanto la modificación se ha producido en una de las leyes sustantivas potencialmente aplicable y no en la norma de conflicto ni en los modos de determinación del punto de conexión –en este caso la vecindad civil– nos dirigimos a integrar el caso en la existencia de eventuales problemas derivados del cambio en la ley señalada por la norma de conflicto o *lex causae*. Recordamos que partimos de la premisa inicial, que veíamos con anterioridad, por la que la competencia para dictar normas de conflicto y determinar el punto de conexión que señala la aplicación de los ordenamientos coexistentes en supuestos de tráfico interregional reside en el legislador estatal y su competencia se extiende a los modos de adquisición y pérdida de la vecindad civil. Sin embargo, la colisión no se produce entre las leyes vascas sucesivamente aplicables sino entre la nueva Ley vasca y el Derecho civil común que rige su sucesión en el momento que otorga testamento, lo que nos lleva a desechar esta posibilidad.

**22.** En segundo lugar, los problemas intertemporales pueden tener su origen en la alteración de la circunstancia elegida por la norma de conflicto para determinar la ley aplicable, circunscribiéndose a lo que denominamos conflicto móvil<sup>50</sup>. Teniendo en cuenta que el punto de conexión o circunstancia elegida por la norma de conflicto en las materias ligadas al estatuto personal es la vecindad civil y que esta es mutable, nuestro protagonista atendiendo a los modos de adquisición y pérdida de la misma podría haber cambiado de vecindad civil en el intervalo de tiempo que transcurre desde que otorga testamento y su fallecimiento, y ese cambio de vecindad civil sobrellevar una alteración de la ley aplicable (Derecho civil común vs. LDCV). Siendo las causas previstas para cambiar de vecindad civil las contenidas en el artículo 14 del CC, el conflicto móvil se sujeta a la posibilidad de que el causante hubiera adquirido la vecindad civil vasca por un cambio en su residencia habitual transcurrido el tiempo determinado o por opción en los casos tasados por la norma<sup>51</sup>. No obstante, tampoco estamos ante esa circunstancia puesto que nuestro protagonista no ha cambiado de residencia habitual que se localiza todo el rato en Gipuzkoa, ni en el intervalo de tiempo que transcurre hasta su muerte ha optado por una vecindad distinta a la que tenía cuando otorga testamento, y aquí se encuentra la clave.

**23.** La Disposición Adicional 7ª de la LDCV establece que en el momento de entrada en vigor de la ley adquirirán automáticamente la vecindad civil vasca quienes gocen de vecindad civil en cualquiera de los territorios de la Comunidad Autónoma vasca. Mediante esta norma fija el instante a partir del cual se adquiere la vecindad civil vasca. A pesar de ello la adquisición y pérdida de la vecindad civil vasca depende del artículo 14 del CC (nacimiento, diez años de residencia, dos años...), si bien ya hemos visto que no sucede así en la realidad práctica y el cambio de vecindad civil del causante se produce como

42-72; P. COURBE, *Les objectifs temporels des règles du droit international privé*, Paris, 1981, p. 38.

<sup>50</sup> Vid. F. RIGAUX, “Le conflit mobile en Droit International Privé”, *R. des.C.*, T- 117, 1966, p. 357 y ss.; E. ZABALO ESCUDERO, “Vecindad civil, conflicto móvil y Derecho civil aragonés”, *Academia Aragonesa de Jurisprudencia y Legislación*, Zaragoza, 2005, p. 24-27.

<sup>51</sup> Al respecto E. ZABALO ESCUDERO, “Vecindad civil...”, *op.cit.*, nota 50, pp. 7 y ss.

consecuencia de la modificación del régimen aplicable en el territorio de su residencia (que coincide con su vecindad) acontecido con posterioridad a que otorgara testamento. Por tanto, aunque pudiera parecer, el cambio de vecindad civil del causante no depende de la Disposición 7ª de la LDCV. Se trata de una alteración en la técnica de adquisición y pérdida de la vecindad civil que podría relacionarse con la sucesión en el tiempo de las normas sobre adquisición de la vecindad civil pero que no ha sido así porque no se ha modificado el CC si no el ordenamiento aplicable señalado por la norma de conflicto.

Antes de la entrada en vigor de la LDCV, en función de la LDCFPV, y según los artículos 5,6 y 12 del Fuero de Bizkaia, las especificidades forales vizcaínas se aplicaban a quienes tuvieran vecindad civil en territorio aforado<sup>52</sup>, con lo que los que no tuvieran vecindad civil aforada quedaban sometidos al Derecho civil común (a excepción del art. 13 LDCFPV). Por su parte el Fuero de Ayala se aplicaba a quienes tuvieran vecindad civil aforada (art. 131 LDCFPV<sup>53</sup>) y a los que no se les aplicaba el Derecho civil común. Y por último las particularidades inherentes a la sucesión del caserío contempladas en el Fuero de Gipuzkoa se aplicaban a quienes hubieran ganado vecindad civil en Gipuzkoa (art. 149 LDCFPV según modificación posterior realizada por la Ley 3/1999 del Fuero de Gipuzkoa<sup>54</sup>) quedando la mayoría de la sucesión de los guipuzcoanos regulada por el Derecho civil común<sup>55</sup>. Podemos concluir que el causante tenía vecindad civil común cuando otorgó testamento, adquirió la vecindad civil guipuzcoana al entrar en vigor el Fuero de Gipuzkoa, si bien no cambió de régimen aplicable a su sucesión porque se le aplicaba el Derecho civil común y fallece con vecindad civil vasca. Estas modificaciones se producen como consecuencia de una “movilidad legislativa” más propia del Derecho de colisión atemporal y no de una “movilidad del hombre” tradicional base del Derecho de colisión intertemporal<sup>56</sup> y lo convierte en un supuesto de conflicto móvil de especiales características.

**24.** Al identificar la ley aplicable a la sucesión del causante, conforme al artículo 9.8 del CC nos encontramos con que la ley aplicable es la correspondiente a su vecindad civil en el momento del fallecimiento. Ya hemos dicho anteriormente que el causante muere con vecindad civil vasca adquirida *ope legis*, así que su sucesión por causa de muerte se regirá por la LDCV. Sin embargo, en el momento en que realiza testamento en 1994 el causante ostenta vecindad civil común, que le corresponde por ser vecino y residente en Gipuzkoa donde rige el Derecho civil común; y con arreglo al Derecho civil común, instituyó heredero a su único hijo, excluyendo a su esposa de la administración de los bienes que heredase. Años más tarde nacieron otros dos hijos de una nueva relación con los que convive hasta su muerte el 3 de septiembre de 2016, fecha en la que ya había entrado en vigor la LDCV y no otorga nuevo testamento. La RDGRN de 12 de junio de 2017 considera aplicable como ley sucesoria la LDCV al haber fallecido el causante tras su entrada en vigor y con vecindad civil vasca, no cabe duda al respecto.

**25.** Lo siguiente es determinar cuál es la ley aplicable a su testamento y qué sucede con las legítimas (más concretamente con la preterición de los hijos sobrevenidos). Las dudas emanan del cambio de vecindad civil del causante producido en el intervalo de tiempo desde que otorga testamento hasta que fallece. Se ha originado un conflicto móvil derivado de la alteración de la circunstancia elegida por la norma de conflicto para señalar la ley aplicable, puesto que al cambiar de vecindad civil y pasar de la vecindad civil común a la vecindad civil vasca se produce un cambio del derecho aplicable a su su-

<sup>52</sup> Artículo 6 LDCFPV: “Con la denominación de Infanzonado o Tierra Llana se designa a todo el Territorio de Bizkaia, con excepción de la parte no aforada de las Villas de Balmaseda, Bermeo, Durango, Ermua, Gernika-Lumo, Lanestosa, Lekeitio, Markina-Xemein; Ondarroa, Otxandio, Portugaleta y Plentzia, y de la ciudad de Orduña y el actual término municipal de Bilbao. El territorio exceptuado se regirá por la legislación civil general, salvo cuanto sea la legislación del presente Fuero”.

<sup>53</sup> Artículo 131 LDCFPV: “El fuero de Ayala se aplica a todo el término de los municipios de Ayala, Amurrio y Okondo, y en los poblados de Mendieta, Retes de Tudela, Santa Coloma y Sojoguti, del municipio de Artziniega”.

<sup>54</sup> Ley 3/1999, de 26 de noviembre de modificación de la Ley del Derecho civil País Vasco, en lo relativo al Fuero Civil de Gipuzkoa, *BOPV* núm. 249, de 30 de diciembre de 1999 y *BOE* núm. 303, de 17 de diciembre de 2011.

<sup>55</sup> N. MAGALLÓN ELÓSEGUI, *La proyección...*, nota 44, *op.cit.*, p. 146; ya que en función de su ámbito de aplicación funcional recogido en el artículo 150 sólo aquellos guipuzcoanos que sean titulares de un caserío sito en el territorio histórico de Gipuzkoa podrán hacer uso del Fuero.

<sup>56</sup> Hemos tomado esta diferencia de J.C. FERNÁNDEZ ROZAS, cuando cita a P. Roubier en “Sucesión de normas...”, *op.cit.*, nota 48 p. 1353 (nota 9)

cesión que conduce a la aplicación de un ordenamiento distinto (LDCV) del que se aplicaba si hubiera fallecido anteriormente (CC). Esta modificación provoca determinadas consecuencias que nos obligan a precisar en qué medida la ley posterior afecta a los actos jurídicos constituidos al amparo de la ley anterior. La solución en el marco de las sucesiones ha sido determinada por la propia norma de conflicto que fija el momento en el que debemos tener en cuenta el punto de conexión, que pasa a ser inmutable poniendo fin a los primeros problemas inherentes al conflicto móvil. El artículo 9.8 CC establece que las disposiciones hechas en testamento en función de la vecindad civil del disponente en el momento de su otorgamiento conservarán su validez, aunque sea otra la ley que rija su sucesión, pero las legítimas se ajustarán a la ley sucesoria. De modo que para regular el fondo de la sucesión se estará al Derecho civil vasco, como ley aplicable al tiempo de su fallecimiento solucionando el problema inicial. Sin embargo, las disposiciones testamentarias hechas conforme a una ley distinta conservarán su validez acorde a la ley de la vecindad civil que ostentaba en el momento del otorgamiento y aquí se engloba realmente la polémica suscitada en la Resolución de la DGRN. Como vemos, aunque la ley que rige la sucesión (y el contenido del testamento<sup>57</sup>) es la de la vecindad civil vasca, dicha ley no podrá perjudicar la validez del testamento otorgado de acuerdo con el Derecho civil común. El artículo 9.8 del CC establece esta salvedad *favor testamenti* en aras a respetar la validez del acto jurídico y la voluntad de la causante manifestada mediante disposición testamentaria en el marco de un ordenamiento jurídico distinto<sup>58</sup>.

26. En efecto, en función de dicho inciso, las disposiciones testamentarias realizadas en consonancia al Derecho civil común (tomado como ley anterior) son válidas, y presuponemos que el testador tenía capacidad para realizar el testamento válidamente de acuerdo con su ley personal, así como su validez formal. Ahora bien, todavía queda por determinar bajo qué ley se ordena la validez de las disposiciones testamentarias y su eficacia. A tenor del precepto podríamos pensar que la *lex testamenti* se refiere únicamente a la validez y que el resto de las cuestiones se regirán por la ley sucesoria, porque el artículo 9.8 CC realmente no realiza una distinción entre la ley aplicable a la sucesión testada y a la intestada y no concurre una ley sucesoria distinta de la de la vecindad civil del causante en el momento del fallecimiento que rige el contenido del testamento<sup>59</sup>; sin embargo, esta interpretación podría desvirtuar la voluntad del testador siendo el valor que debe prevalecer en la interpretación de la sucesión testada.

27. Cuando se produce un cambio en la vecindad civil se provoca la confluencia de dos leyes que rigen diversos aspectos de la sucesión testamentaria y la premisa para valorar la interpretación realizada por el DGRN parece supeditarse a qué regula cada una de ellas. En un instante inicial<sup>60</sup>, pudiera parecer que a la ley aplicable en el momento del otorgamiento corresponde todo lo que en la sucesión puede depender de la voluntad del testador y de dinámica de la autonomía privada, integrando en este ámbito: la capacidad testamentaria, clases de testamentos, formas de testamentos, sustituciones, reservas y, en principio, legítimas. Mientras al fallecimiento atañe a todo lo que en la sucesión hay de fenómeno ordenado, regulado a nivel institucional: la sucesión *ab intestato*, la partición y, en principio, la ejecución. Dentro de esta clasificación nos surgen cuestiones respecto a las legítimas y su incursión en el ámbito de la ley aplicable al otorgamiento, ya que por un lado se trata de norma limitativa de la facultad de disponer y, por tanto, se debería sujetar comprender en la autonomía privada del causante; pero por otro se erige en rasgo fundamental del sistema sucesorio y pertenece a los principios que inspiran su orden social. El artículo 9.8 del CC establece que, aunque el testamento sea válido conforme a la *lex testamenti*, habrá de ajustarse al sistema legitimario propio de la nueva vecindad civil. De modo que, aunque nos pudiera parecer mejor opción sujetarlas a la *lex testamenti*<sup>61</sup>, se concede un margen a la

<sup>57</sup> A. FONT I SEGURA, "La sucesión hereditaria en Derecho Interregional", *ADC*, pp. 23-81, p. 42-46.

<sup>58</sup> A.L. CALVO CARAVACA, "Artículo 9.8", *Comentarios al Código Civil y Compilaciones forales*, T- 1, vol. 2, ALBALADEJO, M, y DIAZ ALABART, S., (dirs), Madrid, EDERSA, 1995, p. 370; E. ZABALO ESCUDERO, "Vecindad civil...", *op.cit.*, nota 46, p. 24.

<sup>59</sup> A. FONT I SEGURA, "La sucesión...", nota 57, *op. cit.* p. 42; S. ÁLVAREZ GONZÁLEZ, "Legítimas y Derecho Interregional", en *Tratado de Legítimas*, Torres Gracia, T.F. (coord.), Atelier, Barcelona, 2012, pp. 153-202, p. 161.

<sup>60</sup> Siguiendo a L.I. ARECHEDERRA ARANZADI, "Los sistemas legitimarios ante el Derecho Interregional", *RDP*, 1976, pp. 503-515.

<sup>61</sup> Coincidimos en este sentido plenamente con A. FONT I SEGURA, "La sucesión...", nota 57, *op. cit.* p. 47-48;



autonomía privada pero no a la autonomía de la voluntad y el margen de disposición dependerá en todo caso de la *lex successionis*<sup>62</sup>.

En esta dirección la RDGRN, confirmando la postura del Notario, apela al art. 48 LDCV para regular las legítimas que en su apartado 4 equipara la preterición, sea intencional o no, al apartamiento<sup>63</sup> y, en virtud del cual, sólo será heredero el primer hijo nombrado en testamento mientras que los otros dos hijos sobrevenidos quedarán apartados al haber sido preteridos y no recibirán nada en concepto de legítima aunque no haya sido esa la intención del testador sino por la modificación de la *lex causae* conforme al cambio sufrido en su vecindad civil. La escritura de herencia con un solo heredero fue calificada negativamente por la Registradora de la Propiedad de San Sebastián núm. 6, basándose en que la voluntad del testador en el momento del otorgamiento no podía ser la de desheredar a sus otros dos hijos y privarlos de su parte de la herencia. Argumento que ampara en la aplicación del artículo 814 del CC y de la preterición errónea que establece una serie de presunciones *iuris tantum* que, sin lugar a dudas, cederían ante la interpretación de la voluntad en contrario<sup>64</sup>. Dicha calificación fue recurrida por el Notario ante la DGRN, que alega que no es un problema de interpretación del testamento si no de aplicación de ley y, agarrándose a la vecindad civil vasca que posee el causante en el momento de su fallecimiento (como ley aplicable a las legítimas), insiste en que el único heredero es el instituido mediante el testamento y que sus otros dos hijos quedan definitivamente apartados conforme a la ley vasca.

Quizás lo más acertado hubiera sido acudir a la técnica de la adaptación<sup>65</sup> –aunque se plantee a raíz de un problema de Derecho Transitorio– y, teniendo en cuenta que la situación de desamparo en las que se ven inmersos estos descendientes deriva de la estricta aplicación del art. 9.8 CC, y que el cambio de vecindad civil nos sitúa en la pugna entre dos sistemas legitimarios con soluciones tan diferentes que perjudican excesivamente a parte de los herederos; valorar la existencia de una desproporción en el sistema de legítimas y plantear una solución más flexible que no permitiera dejar a los herederos sobrevenidos en esta situación<sup>66</sup>.

## 2. El artículo 9. 8 CC y la remisión al sistema de legítimas anterior

28. Por otro lado la cuestión también podría hacerse depender de qué entra dentro del ámbito de las legítimas y si el artículo 9.8 CC se refiere a una remisión global al nuevo sistema legitimario con todas sus consecuencias o únicamente al *quantum* específico<sup>67</sup>. Los inconvenientes para responder a esta pregunta se incrementan cuando la cuestión no se halla tanto en la validez de las disposiciones testamentarias como en el reflejo de la voluntad del testador y en qué medida se debe interpretar dicha validez conforme a esa voluntad integrada en el principio de *favor testamenti*. Sobre todo, cuando está en juego un supuesto de preterición<sup>68</sup> y más aún si, como sucede en el caso que se menciona, se trata de una preterición no intencional (o errónea) que supondría la nulidad de la institución conforme a la *lex testamenti* (art. 814 CC) y que equivale al apartamiento conforme a la ley sucesoria (art. 48 LDCV)<sup>69</sup>. Este debate también se entrevé en la Resolución que hemos traído a colación. De hecho, la Registradora de la Propiedad que ha denegado la inscripción de la escritura de herencia aprecia que la voluntad del

<sup>62</sup> A. BORRAS RODRIGUEZ, “Art.9.8 Cc”, *Comentarios al Código civil*. Ministerio de Justicia, Madrid, 1991, pp. 95-98, p. 97.

<sup>63</sup> Art. 48.4 LDCV: “La preterición sea o no intencional, de un descendiente heredero forzoso equivale a su apartamiento”.

<sup>64</sup> Artículo 814 Código civil “La preterición de un heredero forzoso no perjudica la legítima (...) Sin embargo la preterición no intencional de hijos o descendientes producirá los siguientes efectos.

1 Si resultaren preteridos todos, se anularán las disposiciones testamentarias de contenido patrimonial.

2 En otro caso, se anulará la institución de herederos (...).”.

<sup>65</sup> Vid. N. BOUZA VIDAL, *Problemas de adaptación en Derecho Internacional Privado e Interregional*, Tecnos, Madrid, 1977.

<sup>66</sup> Siguiendo las soluciones propuestas por A. FONT I SEGURA, “La sucesión...”, *op.cit.*, nota 57, p. 51.

<sup>67</sup> L.I. ARECHEDERRA ARANZADI, “Los sistemas...”, *op.cit.* nota 60, p. 505; también se plantea estas cuestiones S. ÁLVAREZ GONZÁLEZ “Legítimas...”, *op.cit.*, nota 59, p. 161.

<sup>68</sup> S. ÁLVAREZ GONZÁLEZ S., “Legítimas...”, *op.cit.*, nota 59, p. 184.

<sup>69</sup> Sobre apartamiento en la LDCFPV G. GALICIA AIZPURUA, “Legítimas y libertad de testar en el País Vasco”, en *Tratado de Legítimas*, Torres Gracia, T.F. (coord.), Atelier, Barcelona, 2012, pp. 417-467 y en la Ley 5/2015; J. FERNÁNDEZ DE BILBAO Y PAZ, “El apartamiento y el caculo de la legítima en la Ley de Derecho Civil vasco”, en *El derecho Civil vasco del s. XXI*, Parlamento Vasco, Bilbao, 2016, pp. 423-454.

causante debe interpretarse atendiendo a la legislación vigente en el momento del otorgamiento, en este caso el CC, y conforme a ella no cabe que la intención del causante fuera desheredar a dos hijos sobrevividos tras el otorgamiento. Sin embargo, la DGRN (al igual que el Notario que ha realizado la escritura de herencia) considera como aplicable la ley sucesoria, al haber fallecido el causante con vecindad civil vasca y resuelve señalando que, respetada la legítima colectiva, es de plena aplicación a la sucesión testamentaria el artículo 48.4 de la LDCV, conforme a la cual sólo podrá ser nombrado heredero el hijo designado en testamento y, consecuentemente, los dos hijos sobrevividos al haber sido preteridos, se consideran apartados<sup>70</sup>.

En resumen, la cuestión está en si consideramos la preterición como parte del sistema legitimario o no, y en función de ello si la sometemos a la *lex testamenti* o a la *lex sucesoria*. Con ello, la duda quedará reducida a qué ley debe gobernar la preterición, la ley vigente al tiempo del testamento o la ley sucesoria, y si debemos tener en cuenta el aspecto material (*quantum*) de las legítimas o su aspecto formal. Ahora bien, si integráramos la preterición en el aspecto formal o global de la legítima hay que subrayar que ello podría comportar la nulidad de la institución de herederos y afectar a la validez de las disposiciones testamentarias<sup>71</sup>.

**29.** Por otro lado el problema en este supuesto en concreto se incrementa por la condición de sobrevividos de los hijos del causante. Es decir, podemos partir de la consideración de que ha existido preterición errónea, definiéndola como la omisión inconsciente o involuntaria de un legitimario que ni siquiera existía<sup>72</sup>. En el caso de que el testamento sea otorgado antes del nacimiento de los hijos o descendientes, la no intencionalidad de la preterición queda demostrada “*ex re ipsa*”, tal y como establece el Tribunal Supremo en Sentencia de 23 de enero de 2001<sup>73</sup>, en tanto la preterición ha de resultar exclusivamente del testamento por ser éste la expresión de la voluntad del testador. La “presunta voluntad del testador” carece de toda eficacia si no se deduce del propio testamento. Según el Tribunal Supremo la intencionalidad o no de la preterición ha de referirse al momento del otorgamiento y en ese momento es en el que se puede valorar si el testador conocía o no de la existencia del legitimario, no después. No se debería tener en cuenta la preterición al tiempo del fallecimiento del causante, sino al tiempo en el que otorga testamento y si en ese momento se entiende que hay preterición porque el hijo nace después del otorgamiento ésta será errónea y, por tanto, desplegará sus efectos como tal (Sentencia del Tribunal Supremo, de 22 de junio de 2006<sup>74</sup>).

**30.** Siguiendo estos argumentos y proyectándolos sobre el supuesto en concreto, se trasladaría la cuestión a los efectos que debemos dar a dicha preterición, los de la ley vigente en el momento en el que sucedió o los de la ley posterior dependiendo dónde la integramos<sup>75</sup>. Si aplicáramos la *lex testamenti*, sin olvidar que los hijos supuestamente preteridos no existían en el momento del otorgamiento si no que nacieron años después, nos encontraríamos, sin lugar a duda, ante una preterición errónea en virtud de la voluntad del testador en el momento en el que realiza el testamento. Por ello, en consonancia con la voluntad del causante y acorde a la misma (al tiempo del otorgamiento) no debíamos considerarlos

<sup>70</sup> En la misma línea de la Registradora y ciñéndose al respeto de la voluntad del testador, en contra de lo que dice la DGRN: Sentencia de la Audiencia Provincial de Gipuzkoa sección segunda, en Sentencia nº 384/2019, de 13 de mayo de 2019, ratificando la Sentencia nº 266/2018, del Juzgado de Primera Instancia 4 de Donostia y resolviendo recurso sobre la misma: “(...) no se comparte el criterio de la RDGRN, pues para valorar la voluntad de preterir hay que tenerse en cuenta el momento de otorgar testamento y no el de fallecimiento, otra cosa es que la cuantía de la legítima haya que ser determinada conforme a la nueva Ley de Derecho civil vasco ...”.

<sup>71</sup> Para evitar dichos problemas A. Font se inclina por regular estas materias por normas de conflicto diferentes y separar ambos tipos de sucesión aplicando a la sucesión testamentaria la ley de la vecindad civil en el momento de su otorgamiento incluidas las legítimas, A. FONT I SEGURA, “La sucesión...”, nota 57, *op. cit.* p. 421-422, en el mismo sentido utilizando como ejemplo dos supuestos en los que se da una preterición, a favor de la *lex testamenti* L.I. ARECHEDERRA ARANZADI, “Los sistemas...”, nota 60, *op. cit.*, p. 511.

<sup>72</sup> Vid. T.F. TORRES GARCÍA, y A. DOMINGO DUELMO, “Las legítimas en el Código civil”, en *Tratado de Legítimas*, Torres Gracia, T.F. (coord.), Atelier, Barcelona, 2012, p. 63.

<sup>73</sup> Sentencia del Tribunal Supremo (Sala 1ª) de 23 de enero de 2001 (FJ 3º).

<sup>74</sup> Sentencia del Tribunal Supremo (Sala 1ª) 669/2006, de 22 de junio de 2006 (FJ 3º).

<sup>75</sup> S. ÁLVAREZ GONZÁLEZ, “Legítimas...”, *op. cit.*, nota 59, p. 184, parece inclinarse por la ley sucesoria para estos casos.

apartados ni conforme a la *lex testamenti* ni conforme a la ley sucesoria. Los hijos no han sido apartados en virtud de la intención del testador y eso es lo importante. Los criterios hermenéuticos deben fundamentarse en la voluntad del testador al tiempo del otorgamiento, y no se puede considerar apartados a los hijos sobrevenidos en contra de la propia voluntad testamentaria por aplicación retroactiva del artículo 48.4 de la LDCV que es un artículo que entra en vigor veinte años después y que el testador ni conocía ni podía conocer, y que incluso probablemente ni sabía que se le aplicaba conforme a su nueva vecindad civil. Si así fuera estaríamos alterando la voluntad del testador, porque incluso su falta de previsión puede ser debida a que consideraba como satisfactoria las soluciones legales que en ese momento eran las de la *lex testamenti*<sup>76</sup>. En definitiva, no estamos de acuerdo con la aplicación del 48.4 de la LDCV en este caso, tal y como hace la DGRN, nos parece muy difícil que coincida con la voluntad del testador y en este sentido nos parece más acertada la negativa de inscripción de la escritura de la herencia que hace la Registradora donostiarra.

### 3. El Derecho transitorio en la Ley de Derecho civil vasco

**31.** Para terminar vamos a analizar la alteración en el tiempo que ha sufrido la ley sustantiva reclamada como aplicable por la norma de conflicto. Señalada como ley aplicable a la sucesión la LDCV lo ensamblamos con la potencial aplicación retroactiva del artículo 48.4 de la LDCV para hacer un sucinto recorrido por sus Disposiciones de Derecho transitorio.

**32.** La norma que establece las competencias de dos leyes que se suceden en el tiempo es denominada regla de Derecho transitorio. A través del Derecho transitorio se establece una relación entre la fecha de entrada en vigor de la norma y la inserción temporal de la situación de Derecho privado definida por dicha norma. La dificultad estará en localizar en el tiempo la situación de hecho sujeta a Derecho<sup>77</sup>. Cuando se trata de una situación de hecho “instantánea”, que se origina en un intervalo identificable de tiempo, es más fácil relacionarla con una norma en concreto (vigente en ese instante). Pero, si entre el momento en el que se manifiesta el hecho que debe ser regulado y el momento en el que se plantea su regulación se ha generado una modificación de la norma, se pueden plantear dudas sobre la aplicación de la nueva norma o de la norma que sería aplicable cuando se produjo el supuesto. El punto de partida se encuentra en la entrada en vigor de las leyes que divide en dos periodos el momento en el que se produce tanto el hecho como la modificación de la norma y que nos permite empezar por relacionar esos dos instantes. Una vez localizada temporalmente la entrada en vigor de la norma sabemos que los hechos que se producen con posterioridad quedarán sometidos a la nueva regulación, pero nos queda señalar qué sucede con los hechos que se han producido con anterioridad o que están en curso al tiempo de la modificación<sup>78</sup>. Todo dependerá de la retroactividad o irretroactividad de la nueva ley que quedará determinada por sus normas de Derecho transitorio<sup>79</sup>.

**33.** La Disposición Derogatoria de la LDCV establece que (a partir de la entrada en vigor de la norma<sup>80</sup>) quedarán derogadas la LDCFPV y la Ley 3/1999; y su Disposición Transitoria primera trata de solventar los problemas intertemporales que se pueden dar entre ellas remitiéndose a las Disposiciones Transitorias del CC<sup>81</sup>. El CC con carácter general implanta el principio de irretroactividad de las leyes, salvo que se estipule lo contrario –porque esta irretroactividad es matizada por las singularidades contempladas en estas mismas Disposiciones Transitorias (entre las que cabe destacar la 12ª relativa al

<sup>76</sup> Se opta en todo caso por extender la aplicación de la *lex testamenti* a los problemas suscitados y que pueden condicionar la voluntad del testador, véase E. ZABALO ESCUDERO, “Vecindad civil...”, *op.cit.*, nota 46, pp. 26 y 27.

<sup>77</sup> Vid. F. RIGAUX, “Le conflit mobile en Droit International Privé”, *R. des .C.*, T- 117, 1966, 330-444.

<sup>78</sup> Como establece J.C. FERNÁNDEZ ROZAS, “Reconocer la aplicación inmediata de la nueva ley planteará siempre el problema de armonizar dicha aplicación a relaciones subsistentes al amparo de la ley anterior”, en “Sucesión de normas...”, *op.cit.*, nota 48, p. 1358.

<sup>79</sup> A. DIÉZ-PICAZO, L. Y GULLÓN, *Sistema de Derecho civil*, vol. I., 9ª ed. Ténos, Madrid, 1997, pp.106 y ss.

<sup>80</sup> En virtud de la Disposición Final, la Ley entrará en vigor a los tres meses de su publicación en el Boletín oficial del País Vasco, *BOPV*, núm. 124, de 3 de julio de 2015.

<sup>81</sup> Disposiciones Transitorias Preliminares, 1ª, 2ª, 3ª, 4ª y 12ª del Código Civil

Derecho sucesorio)– con lo que al final se convierte en un principio de carácter prácticamente subsidiario. De este modo el CC opta por la “teoría del hecho jurídico realizado” según la cual cada hecho debe quedar sometido y ser regulado por la ley vigente en el momento en que dicho hecho se produce, pero con ciertas alusiones a la “teoría de los derechos adquiridos” en tanto, subraya, que la nueva ley no podrá atentar contra los derechos adquiridos con anterioridad<sup>82</sup>.

**34.** La Disposición Transitoria primera de la LDCV insiste en esta última salvedad y en su segundo párrafo, tras remitirse con carácter general a las Disposiciones Transitorias del CC, subraya que cuando un conflicto intertemporal no pueda resolverse conforme a las Disposiciones establecidas en el CC se deberá tener en cuenta que las “variaciones introducidas por la nueva ley no deben perjudicar los derechos adquiridos conforme a la legislación anterior”. Las dificultades surgen cuando tenemos que decidir por cuál de las dos normas han de regirse las situaciones creadas o nacidas bajo el imperio de la antigua ley cuyos efectos persisten a la entrada en vigor de la nueva ley y, además, no han sido expresamente previstas en esas Disposiciones transitorias ¿prevalecerán los derechos adquiridos?

**35.** La conclusión inicial que podemos extraer es que la LDCV regulará los hechos que se produzcan con posterioridad a su entrada en vigor, con lo que proyectando la teoría sobre el supuesto en concreto nos encontramos con que la sucesión de nuestro protagonista, fallecido el 3 de septiembre de 2016, debería quedar sometida a la nueva Ley vasca (en tanto la norma de conflicto nos señala al Derecho Civil vasco). Ahora bien el causante otorgó testamento abierto el 7 de julio de 1994, antes de la entrada en vigor de la LDCV y según la Disposición Transitoria 12ª del CC –a la que nos remite la propia Disposición Transitoria de la Ley vasca– si bien la herencia de los fallecidos con posterioridad a su entrada en vigor se regirá por la nueva Ley (ya sea CC o LDCV) deberá tener en cuenta las disposiciones testamentarias realizadas con anterioridad y, en todo caso, se respetarán las legítimas, las mejoras y los legados (que serían las de la LDCFPV o del CC según la norma de conflicto) pero reduciendo su cuantía si de otro modo no se pudiera satisfacer con lo que le corresponde a cada partícipe conforme a la nueva ley (es decir, otra vez, el CC o LDCV por referencia).

#### IV. Conclusiones

**36.** En este trabajo se examinan viejas cuestiones propias del Derecho Interregional y del Derecho de Sucesiones que todavía presentan puntos sin resolver. La Resolución de la DGRN de 12 de junio de 2017 nos alerta sobre la situación a la que nos enfrentamos en el País Vasco como consecuencia de la promulgación de la nueva LDCV y nos sirve de excusa para hacer un repaso por la vieja controversia sobre los límites competenciales de las Comunidades Autónomas y del Estado para resolver conflictos de leyes, a la vez que se analiza la posible alteración del sistema de Derecho Interregional operada a través de la introducción de la nueva vecindad civil vasca por la LDCV. La modificación del Derecho civil vasco realizada mediante la LDCV nos lleva a recordar que el desarrollo competencial de las Comunidades Autónomas en materia civil todavía no ha agotado sus últimas consecuencias, a pesar de que últimamente los estudios miran hacia las novedades derivadas del legislador europeo que ha irrumpido con fuerza desplazando nuestro núcleo de intereses.

**37.** Los problemas inherentes a la sucesión en el tiempo que comporta la promulgación de nueva norma vasca, encuadrable en el desarrollo competencial constitucional, se unen a las vetustas cuestiones sobre su constitucionalidad para recordarnos que continúan presentes las deficiencias del sistema de Derecho Interregional y que deberíamos apostar por reabrir el debate en torno a la creación de un sistema específico de resolución de conflictos puramente internos.

---

<sup>82</sup> A. DIÉZ-PICAZO, L. Y GULLÓN, *Sistema...op.cit.*, nota 78, pp. 107-109; A. GULLÓN BALLESTEROS, “Sobre la Disposición 1ª transitoria de la Ley 11/1981, de 13 de mayo, de reforma del Código civil”, *La ley*, núm. 1936, 1988, núm. 1, pp. 1087-1089.

**38.** La falta de oportunidad o de operatividad de la norma vasca en lo que a la creación de la vecindad civil vasca respecta también se refleja a través de los problemas de Derecho intertemporal vinculados a la promulgación de la nueva ley. El cambio de vecindad civil automático de todos los que tuvieran vecindad civil en un territorio de la Comunidad Autónoma vasca en el momento de entrada en vigor de la Ley abre la eventual multiplicación de problemas vinculados al conflicto móvil, y la inserción de la Disposición Transitoria 7ª dirigida a establecer el instante a partir del que se adquiere la vecindad civil vasca se convierte en un elemento que no aporta ninguna solución efectiva.

**39.** La realidad manifiesta a través de la practica nos conduce además a replantearnos la interpretación del artículo 9.8 del CC en relación con el ajuste legitimario que establece desafortunadamente en su último inciso. El análisis del caso que se expone a raíz de la Resolución de a DGRN de 12 de junio nos lleva concluir que su aplicación actual sigue provocando las mismas preguntas que hace años quedaron sin respuesta, entre las que destacan las dudas sobre la ley aplicable a la preterición (que abogamos porque sea la que se aplica en el momento del otorgamiento del testamento). Y mientras todas estas cuestiones nos resuenan en los oídos como reminiscencias ya pasadas (aunque no superadas), dos menores se han quedado sin legítima y han sido apartados de la herencia de su padre en función de una interpretación del artículo 9.8 CC realizada por la DGRN que podría haberse mitigado, también, a través de la técnica de la adaptación que hubiera servido para equilibrar dos sistemas legitimarios completamente dispares llamados a aplicarse conforme a la solución al conflicto móvil amparada por la norma de conflicto.

# EL DIÁLOGO SORDO ENTRE EL TJUE Y EL DERECHO DE EXTRANJERÍA: DEL REINO UNIDO AL CASO ESPAÑOL

## THE DEAF DIALOGUE BETWEEN CJEU AND IMMIGRATION LAW: FROM THE UNITED KINGDOM TO THE SPANISH CASE

DIANA MARÍN CONSARNAU

*Profesora agregada (acreditada contratado doctor)*

*Derecho internacional privado*

*Universidad Rovira i Virgili*

ORCID ID: 0000-0001-8882-7325

Recibido: 12.07.2019 / Aceptado: 03.09.2019

DOI: <https://doi.org/10.20318/cdt.2019.4958>

**Resumen:** El objeto del presente trabajo es examinar el difícil encaje de la jurisprudencia del TJUE sobre el alcance de protección de los arts. 20 y 21 TFUE con el Derecho de extranjería interno en referencia a los derechos de residencia de los familiares de los ciudadanos de la Unión, especialmente en aquellas regulaciones que promueven la discriminación inversa con carácter directo, como ocurre en el Reino Unido e incluso indirecto, como resulta en el caso español.

**Palabras clave:** ciudadanía de la Unión, derechos de residencia, miembros de la familia, discriminación inversa directa e indirecta

**Abstract:** The aim of this report is to study the difficulties in practice to link the CJEU criteria related to the art. 20 and 21 TFEU with the national Immigration Law in the field of derived rights of residence for the family members of the Union citizens, specially in those regulations that promote the reverse discrimination with direct effects, as in the United Kingdom, and even indirectly, as it results in the Spanish case.

**Keywords:** EU citizenship, residence rights, family members, direct and indirect reverse discrimination

**Sumario:** I. Introducción. II. Reagrupación familiar y familias mixtas en la UE. 1. Razones que afectan a la relación familiar: Coman (2018), *Banger* (2018) y SM (2019). 2. Razones que afectan a la situación del ciudadano de la Unión. III. El manto protector del Derecho de la Unión: el papel de los arts. 20 y 21 TFUE. IV. El art. 21 TFUE a la luz del TJUE y a los ojos del Derecho de extranjería interno. 1. El papel protagonista del art. 21 TFUE en el asunto Lounes. 2. De McCarthy (2011) a *Lounes* (2017). V. ¿Qué clase de solución nos aporta este diálogo desde la perspectiva del Derecho de extranjería interno? 1. Autorización de residencia por circunstancias excepcionales: el arraigo familiar. 2. Una vuelta de tuerca más al Derecho de extranjería español. VI. Reflexión final.

### I. Introducción

1. La falta de respuesta directa del derecho derivado de la Unión Europea a los derechos de residencia de los familiares para una parte de la realidad de las familias mixtas (ciudadano de la Unión y familiar nacional de un tercer estado) obliga al Tribunal de Justicia de la Unión Europea (TJUE) a enfrentarse a una rica y parece que imparable caudística. Esta se enmarca en un contexto en el que nos

encontramos, por un lado, con situaciones de reagrupación familiar que se consideran como puramente internas<sup>1</sup>, y, por otro lado, con situaciones que, tras esta inicial apariencia, sí aparecen suficientemente conectadas con el Derecho de la Unión<sup>2</sup>, y cuya vinculación no exige estrictamente un movimiento transfronterizo *stricto sensu* sino que también admite una conexión en términos abstractos aunque reales<sup>3</sup>.

2. Es en estas segundas donde aparece una emergencia para afrontar las desventajas que promueve la discriminación inversa. Esta es aceptada cuando la situación es puramente interna<sup>4</sup>. Sin embargo, con frecuencia sus consecuencias, ya sean o no deseadas expresamente, acaban afectando a situaciones conectadas con el Derecho de la Unión, manifestándose una incompatibilidad con este. Así sucede en el caso del Reino Unido, en el que en el asunto *Lounes*<sup>5</sup> se evidencia la problemática que plantea la exclusión del ámbito de aplicación de la reagrupación familiar en régimen UE libre circulación de los ciudadanos británicos cuando también poseen la nacionalidad de otro Estado miembro, a pesar de haberse ejercido una libertad fundamental. Y es que aunque el Reino Unido salga definitivamente la Unión Europea, no podemos dejar de alabar la riqueza del juego que ha dado este país entorno a la involución/evolución de la protección que ofrece el derecho de la Unión para los ciudadanos en el país de la propia nacionalidad.

3. Ante las dificultades para atacar directamente a las medidas nacionales que promueven la discriminación inversa, precisamente por estar permitida para supuestos puramente internos<sup>6</sup>, la estrategia del TJUE, a nuestro modo de ver, se define por ir limitando cada vez más el margen de maniobra de los Estados miembros, a través de la búsqueda del vínculo con el Derecho de la Unión en el caso concreto y el manto protector que ofrece el derecho primario<sup>7</sup>. En este sentido, ante el desamparo del Derecho derivado, el TJUE se centra en dibujar la protección que debemos hallar en los arts. 20 y 21 TFUE<sup>8</sup>, evidenciándose en la casuística un protagonismo del primero<sup>9</sup>, que incluso ha llegado a desbancar la potencialidad de la tutela que brinda el segundo.

4. Ello, en el presente trabajo, nos conduce a constatar el difícil encaje entre la jurisprudencia del TJUE sobre el alcance del amparo de los arts. 20 y 21 TFUE y el Derecho de extranjería interno, especialmente en aquellas regulaciones que promueven la discriminación inversa con carácter directo o indirecto, situándonos en el panorama de derechos de extranjería nacionales encorsetados, que, como tendremos oportunidad de examinar, buscan fórmulas para reinventar nuevas restricciones, como sucede en el Reino Unido, o que, como en el caso español, huye de la valoración, caso por caso, según los criterios marcados por el TJUE o se limita a no dar respuesta.

5. El desenlace es el mismo; los obstáculos para responder a una de las grandes necesidades de las familias mixtas con elemento extranjero; el conseguir los permisos de residencia para los familiares de los ciudadanos de la Unión, con independencia de que el ciudadano o ciudadana de la Unión resida

<sup>1</sup> Definidas por el TJUE, por ejemplo, en el asunto *McCarthy* como aquellas cuyos “elementos pertinentes estén todos situados en el interior de un solo Estado miembro”. STJUE 5 mayo 2011, *McCarthy*, 434/09, ECLI: EU: C: 2011:277, apartado 45.

<sup>2</sup> H. GAUDEMET-TALLON, P. LAGARDE, “Histories de famille du citoyen européen”, en J. J. FORNER DELAYGUA, C. GONZÁLEZ BEILFUSS, R. VIÑAS FARRÉ (Coords.), *Entre Bruselas y la Haya. Estudios sobre la unificación internacional y regional del Derecho internacional privado. Liber amicorum Alegría Borrás*, Madrid, Marcial Pons, 2013, pp. 477-482.

<sup>3</sup> V. VERBIST, *Reverse discrimination in the European Union. A Recurring Balancing Act*, Cambridge, Intersentia, 2017, p. 86.

<sup>4</sup> Desde la perspectiva que la discriminación inversa sea una cuestión que afecta a un tema competencial. J. CROON-GESTEFELD, *Reconceptualising European Equality Law: A Comparative Institutional Analysis*, Oxford, Hart Publishing, 2017, p. 125.

<sup>5</sup> STJUE 14 noviembre 2017, *Lounes*, 165/16, ECLI: EU: C: 2017:862.

<sup>6</sup> A. TRYFONIDOU, *Reverse discrimination in EU Law*, The Netherlands, Kluwer Law International, 2009, p. 119.

<sup>7</sup> J. CROON-GESTEFELD, ob.cit., p. 123. La autora pone de manifiesto como cualquier medida nacional susceptible de promover discriminación inversa puede ser puesta en cuestión ante el TJUE, que cada vez más reduce los casos en que dicha medida resulte compatible con el Derecho de la Unión.

<sup>8</sup> En referencia a este juego y las reglas de las situaciones puramente internas como una cuestión emergente A. TRYFONIDOU, *The impact of Union Citizenship on the EU's market freedoms*, Oxford, Hart Publishing, 2016, pp. 182-184.

<sup>9</sup> Impacto que, por ejemplo, en España supuso la introducción de un nuevo tipo de arraigo; el arraigo familiar (art. 124.3 RD 557/2011, 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).

en el país de su propia nacionalidad o retorne a él, y que, en un siguiente estadio afectará al Derecho internacional privado, ya sea en sede de acreditación del vínculo en el propio proceso de reagrupación familiar<sup>10</sup> y/o de la continuidad de las relaciones jurídico privadas de carácter familiar, patrimonial o sucesorio, es decir, en el propio *iter vitae* del ciudadano de la Unión y sus movimientos transfronterizos.

6. Este sistema, en su conjunto, ha generado la necesidad de los operadores jurídicos de integrar el esquema que el TJUE ha trazado para el reconocimiento de los derechos derivados, no autónomos, de residencia de los familiares de los ciudadanos de la Unión. No en vano hay que resaltar que la Comisión jurídica del Consejo General de la Abogacía española, en su informe de 2017, destaca como uno de los puntos claves el “Derecho de la UE y las situaciones puramente internas o sobre cuándo, en un litigio nacional, pueden invocarse las libertades de circulación y otras normas del Derecho de la Unión”, con especial mención a las excepciones creadas por la jurisprudencia del TJUE para casos en los que todos los elementos se encuentran en el interior de un Estado miembro pero en los que existe una vinculación con el Derecho de la Unión<sup>11</sup>. A nuestro entender, el sistema que brinda la interpretación realizada por el TJUE incita a que desde la perspectiva interna se precise tomar conciencia sobre la necesidad de elaborar un estatuto reflexionado respecto a la reagrupación familiar de los familiares. Y concretamente, desde la perspectiva española, la de los familiares de ciudadanos españoles, que hoy por hoy, presenta aspectos más que discutibles que se amparan en el trato igualitario que reciben los familiares de cualquier otro ciudadano de la Unión que traslade su residencia a España.

7. No obstante, más allá de la comprensión del sistema y de las dificultades para su traslación en el Derecho de extranjería interno, que examinaremos a lo largo del estudio, cabe plantearse si no ha llegado el momento de reformular el propio derecho de la Unión para dar una respuesta directa que armonice el tratamiento de la reagrupación familiar de los ciudadanos de la Unión, como tales y no en función del ejercicio de una actividad económica. Ello viene acusado por la casuística que llega al TJUE, y que en muchas ocasiones proviene de cuestiones prejudiciales planteadas desde el Reino Unido, máxime en el momento delicado del *brexit* en el que estamos y que ha puesto en evidencia cómo la libre circulación de personas es tomada desde el discurso político<sup>12</sup>.

## II. Reagrupación familiar y familias mixtas en la UE

8. En atención a las líneas introductorias expuestas, observamos que, en un contexto de ciudadanía de la Unión y de derechos de libre circulación de personas, el esquema para la obtención de los permisos de residencia para los familiares resulta especialmente complejo<sup>13</sup>. Ello es debido a distintas razones, y que hemos centralizado básicamente en dos, teniendo en cuenta las características de los asuntos que llegan al TJUE: aquellas que afectan propiamente al vínculo familiar y aquellas que toman en consideración la situación del ciudadano de la Unión respecto a este estatus y los derechos que de este se derivan, en función de las circunstancias personales del ciudadano de la Unión<sup>14</sup>, encontrándonos en estas últimas un problema no siempre denunciado de discriminación inversa, que, tal y como hemos

<sup>10</sup> Tal y como señala Esteban de la Rosa: “Quizá una de las ocasiones en las que ambos ordenamientos entran en relación de forma más frecuente tiene lugar con ocasión de la tramitación de la reagrupación familiar, dado que es preciso acreditar o demostrar el vínculo del parentesco”. G. ESTEBAN DE LA ROSA, *Inmigración y Derecho internacional privado*, Madrid, Difusión Jurídica, 2009, p. 195.

<sup>11</sup> Puede consultarse en: <https://www.abogacia.es/wp-content/uploads/2016/02/INFORMES-COMISION-JURIDICA-2017-OK.pdf>.

<sup>12</sup> Desde este se pone el foco de atención en las restricciones a la reagrupación familiar de los ciudadanos británicos, evidenciándose como punto de inflexión la sentencia en el asunto *Surinder Singh*. E, GUILD, *BREXIT and its Consequences for UK and EU Citizenship or Monstrous Citizenship*, Brill/Nijhoff, 2016, pp. 47-54.

<sup>13</sup> A. BORRÁS, “Le Droit international privé communautaire: réalités, problèmes et perspectives d’avenir”, *Recueil des Cours*, tome 317, 2005, pp. 361-363.

<sup>14</sup> El tomar en consideración estas circunstancias, concluye KOCHENOV, implica admitir la configuración de una ciudadanía discriminatoria. D. KOCHENOV, “The Citizenship of Personal Circumstances in Europe”, en D. THYM (Ed.), *Questioning EU Citizenship: Judges and the Limits of Free Movement and Solidarity in the EU*, Oxford, Hart Publishing, 2017, pp. 55-56.



anunciado, acaba afectando a situaciones conectadas con el Derecho de la Unión.

## 1. Razones que afectan a la relación familiar: *Coman* (2018), *Banger* (2018) y *SM* (2019)

9. Una de las dificultades en el establecimiento de derechos de residencia para los familiares es que la relación o el vínculo familiar sea considerado como tal a efectos de reagrupación familiar. Y, en un escenario, en el que las distintas realidades de modelos familiares reciben un trato interno dispar en los ordenamientos jurídicos de los Estados miembros, esto se traduce en serios obstáculos para su incorporación y posterior interpretación en los instrumentos europeos.

10. La evidencia la encontramos en la introducción de determinados miembros de la familia como beneficiarios de la Directiva 2004/38/CE<sup>15</sup>, plantándose como un tema delicado, por ejemplo, la inclusión de los matrimonios entre personas del mismo sexo o las parejas no casadas. Tanto es así, que esta tensión no solo se pone de relieve en las normas europeas que afectan propiamente a la libre circulación de personas, sino que también se manifiesta con una especial intensidad en la adopción de instrumentos de la UE de Derecho internacional privado y que se ha traducido, en los últimos tiempos, en la necesidad de acudir, aunque de forma crítica<sup>16</sup>, ante los bloqueos para alcanzar la unanimidad, al mecanismo de cooperación reforzada<sup>17</sup>. Ello ocurre con los Reglamentos (UE) 1259/2010, sobre ley aplicable al divorcio y a la separación judicial<sup>18</sup> y los Reglamentos (UE) 2016/1103, sobre competencia, ley aplicable y reconocimiento y ejecución en materia de régimen económico matrimonial y 2016/1104, sobre competencia, ley aplicable y reconocimiento y ejecución en materia de relaciones patrimoniales de las uniones registradas<sup>19</sup>, en los que no participan todos los Estados miembros<sup>20</sup>.

11. En este sentido, es de recibo destacar que estamos ante cuatro grupos de Estados miembros, en función de su grado de apuesta por la cooperación reforzada en materia de crisis matrimonial y/o relaciones patrimoniales. Por un lado, países, como España, que han participado de los tres Reglamentos. Es el caso de Alemania, Austria, Bélgica, Bulgaria, Eslovenia, Francia, Grecia, Italia, Luxemburgo, Malta y Portugal. Nos encontramos así con que prácticamente el 43% de los países miembros están, en este sentido, avanzando con la misma velocidad. Por otro lado, tenemos Estados miembros que solamente han participado en el Reglamento (UE) 1259/2010. Es el caso de Estonia<sup>21</sup>, Hungría, Letonia, Lituania y Rumanía, representando un 18% del total. Otros países miembros han participado solamente de los Reglamentos (UE) 2016/1103 y 2016/1104, como Chipre, Croacia, Finlandia, Países Bajos, República Checa y Suecia, y que suman un 21%. Y finalmente, contamos con cuatro países que no participan en ninguna de estos instrumentos: Dinamarca, Eslovaquia, Irlanda, Polonia y Reino Unido, y que se traduce en un 18%. En estos últimos, dejando al margen la posición de Dinamarca, el Reino Unido e Irlanda

<sup>15</sup> Directiva 2004/38/CE del Parlamento Europeo y del Consejo, de 29 de abril de 2004, relativa al derecho de los ciudadanos de la Unión y de los miembros de sus familias a circular y residir libremente en el territorio de los Estados miembros por la que se modifica el Reglamento (CEE) n° 1612/68 y se derogan las Directivas 64/221/CEE, 68/360/CEE, 72/194/CEE, 73/148/CEE, 75/34/CEE, 75/35/CEE, 90/364/CEE, 90/365/CEE y 93/96/CEE. DO L 158 de 30 de abril de 2004.

<sup>16</sup> 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*, n° 41, 2017, pp. 188-189.

<sup>17</sup> C. GONZÁLEZ BEILFUSS, “The Rome III Regulation on the law applicable to divorce and legal separation: much ado about little”, en A. BONOMI, C. SCHMID (Éds.), *Droit international privé de la famille. Les développements récents en Suisse et en Europe. Actes de la 24<sup>e</sup> Journée de droit international privé de 16 mars 2012 à Lausanne*, Genève-Zurich, Schulthess, éditions Romandes, 2013, p. 31.

<sup>18</sup> DO L 343 de 29 de diciembre de 2010.

<sup>19</sup> DO L 183 de 8 de julio de 2016.

<sup>20</sup> Reglamentos que han sido aprobados como un bloque indivisible. En este sentido, en el estudio a la justificación de su aprobación véase A. RODRÍGUEZ BENOT, “Los efectos patrimoniales de los matrimonios y de las uniones registradas en la Unión Europea”, *Cuadernos de Derecho Transnacional*, n° 11, 1, 2019, p. 10.

<sup>21</sup> No obstante, Estonia manifestó su intención de participar en los nuevos reglamentos sobre régimen económico matrimonial y relaciones patrimoniales de las uniones registradas una vez adoptados como señala J.C. FERNÁNDEZ ROZAS, “Un hito más en la comunitarización del Derecho internacional privado: regímenes económicos matrimoniales y efectos patrimoniales de las uniones registradas”, *La Ley Unión Europea*, n° 40, septiembre 2016.

respecto a los instrumentos europeos de Derecho internacional privado, cabe atender a que la falta de participación de Polonia se da precisamente por la postura que este país miembro mantiene respecto al matrimonio entre personas del mismo sexo.

**12.** No obstante lo dicho, los Estados miembros sí están vinculados por la Directiva 2004/38/CE, en la que se incluyen el cónyuge y las uniones registradas como familiares beneficiarios de esta y en el que dentro de la familia extensa, las uniones no registradas, reciben un tratamiento favorable y expreso, presentándose como relaciones familiares que han sido claves en asuntos en los que el TJUE ha tenido la oportunidad de abordar la protección que brinda el art. 21 TFUE y la aplicación analógica de Directiva 2004/38/CE<sup>22</sup> como en la aplicación directa de la propia Directiva.

**13.** Respecto al matrimonio, que el cónyuge de un ciudadano de la Unión es un familiar beneficiario de la reagrupación familiar reconocido por la Directiva 2004/38/CE en su art. 2 es un punto que no precisa debate. Ahora bien, si nos movemos en el terreno de los matrimonios entre personas del mismo sexo, este se vuelve pantanoso; en la UE no todos los EM aceptan y/o reconocen el matrimonio entre personas del mismo sexo y en algunos sí se regulan relaciones de pareja registradas<sup>23</sup>, y este panorama, en un entorno de ciudadanía y de libre circulación, tiene sus consecuencias.

**14.** La cuestión que ha estado en el ojo del huracán es si el cónyuge que recoge la Directiva 2004/38/CE incluye o no al cónyuge del mismo sexo y las implicaciones que ello conlleva<sup>24</sup> en un Estado miembro que no reconoce este tipo de unión o que incluso la prohíbe, como es el caso de Rumanía. De una lectura literal del precepto, observamos que la introducción del cónyuge en el art. 2 como beneficiario de la Directiva no viene acompañada de una definición ni tampoco contiene remisión alguna para determinar dicha condición a los derechos nacionales. Ahora bien, teniendo en cuenta las distintas opciones que se manejan entre los Estados miembros sobre la concepción del matrimonio, era pues una cuestión de tiempo que se planteara en un caso perfecto una cuestión prejudicial. Y catorce años después de la entrada en vigor de la Directiva 2004/38/CE, el TJUE ha tenido el reto de pronunciarse en el asunto *Coman*<sup>25</sup>, pero atención, en un supuesto concreto en el que la Directiva no resulta de aplicación directa sino analógica, conectándose con la segunda de las razones que, hemos anunciado, afectan a la complejidad de la realidad de las familias mixtas. Y ello en tanto que en el asunto *Coman* (matrimonio entre nacional rumano y estadounidense celebrado en Bélgica, país en el que el cónyuge ciudadano de la Unión trabaja) no se pretende la reagrupación en un Estado miembro de acogida (Bélgica), en éste ya la ha obtenido, sino en el Estado miembro de origen al que se quiere retornar tras haber ejercido la libre circulación (Rumanía).

**15.** El TJUE ha entendido, siguiendo a las conclusiones del Abogado General<sup>26</sup>, que la interpretación del concepto de “cónyuge” en el sentido del artículo 2, punto 2, letra a), de la Directiva 2004/38/CE, es un concepto autónomo neutro, y, por tanto, con independencia del sexo de la persona que esté casada con el ciudadano de la Unión<sup>27</sup>. Por tanto, a efectos exclusivos de la residencia del cónyuge estadounidense-

<sup>22</sup> Por ejemplo, en un principio, la Directiva permite que los ciudadanos de la Unión busquen países miembros más liberales respecto al matrimonio homosexual generando un “nuevo mapa migratorio europeo, A. FAVELL, E. RECCHI, “Pioneers of European integration: an introduction”, en E. RECCHI, A. FAVELL (Eds.), *Pioneers of European integration: citizenship and mobility in the EU*, Edward Elgar Publishing, 2009, p. 2. En la actualidad, lo cierto es que este nuevo mapa no se circunscribe solamente en la búsqueda de un Estado miembro de acogida, sino que también tiene sus consecuencias en el retorno del ciudadano de la Unión al Estado miembro de origen que no mantiene esta postura respecto al matrimonio entre personas del mismo sexo, emergiendo otro plano de mapa migratorio.

<sup>23</sup> Véase C. GONZÁLEZ BEILFUSS, “Parejas de hecho, parejas registradas y matrimonios de personas del mismo sexo en el Derecho internacional privado europeo”, en S. NAVAS NAVARRO (Dir.), *Matrimonio homosexual y adopción*, Madrid, Reus, 2006, pp. 99-112 y, extensamente, C. GONZÁLEZ BEILFUSS, *Parejas de hecho y matrimonios del mismo sexo en la Unión Europea*, Madrid, Marcial Pons, 2004.

<sup>24</sup> Puesta ya de manifiesto en la negociación y adopción de la norma. E. GUILD; S. PEERS; J. TOMKIN, *The EU Citizenship Directive. A commentary*, Oxford, Oxford University Press, 2014, pp. 34-36.

<sup>25</sup> STJUE 5 junio 2018, *Coman*, 673/16, ECLI: EU: C: 2018:385.

<sup>26</sup> Presentadas el 11 de enero de 2018, ECLI: EU: C: 2018:2.

<sup>27</sup> Apartado 35.

se<sup>28</sup>, Rumanía tiene que reconocer el matrimonio de un nacional con otra persona del mismo sexo, lo cual no supone atentar contra la identidad nacional ni amenazar el orden público del Estado miembro afectado<sup>29</sup>. Cuestión distinta será cuando se pretenda, por ejemplo, la liquidación de su régimen económico matrimonial en Rumanía, teniendo en cuenta que este Estado miembro no ha participado en el Reglamento (UE) 2016/1103<sup>30</sup>, y sin obviar que su participación hubiera comportado también serias dificultades teniendo en cuenta que este instrumento, en principio, no sigue la técnica de la Directiva; el Reglamento en el considerando número 17 deja en manos de los derechos nacionales el concepto de cónyuge<sup>31</sup>.

16. A diferencia de lo que ocurre con el concepto de cónyuge en la Directiva 2004/38/CE, las uniones registradas sí aparecen definidas en la Directiva. Sin embargo, ello no obsta para que surjan conflictos respecto a su definición<sup>32</sup>. En este sentido, desde la perspectiva del Derecho de extranjería español destacamos los problemas surgidos por las diferencias de registro en las distintas CCAA que dan lugar a que según dónde resida la pareja pueda o no obtenerse una tarjeta de familiar de ciudadano de la Unión sobre la base del art. 2 o del art. 2 bis RD 240/2007, de 16 de febrero<sup>33</sup>, y los problemas de encaje en las definiciones proporcionadas por la Directiva 2004/38/CE y el Reglamento (UE) 2016/1104, sobre competencia, ley aplicable y reconocimiento y ejecución en materia de efectos patrimoniales de las parejas registradas<sup>34</sup>, en cuanto al alcance de la exigencia del registro obligatorio para la aplicación principalmente del Reglamento<sup>35</sup>. El efecto en el caso español es que pueden otorgarse derechos de residencia a estas parejas, según en la CCAA en la que residan, pero resultando ser discutible, por ejemplo, que ante una crisis de la pareja pueda determinarse la ley aplicable a las relaciones patrimoniales de la pareja por el referido Reglamento<sup>36</sup>.

17. Por otra parte, tampoco deben obviarse las trabas a las que se han enfrentado los miembros de la familia extensa. EL TJUE ha tenido la oportunidad de pronunciarse respecto a las parejas no casadas (no registradas) como familia extensa y el amparo del art. 21 TFUE en situaciones de regreso al propio país de origen del ciudadano de la Unión. Así en el asunto *Banger* el TJUE acaba afirmando el amparo de éste y la aplicación analógica de la Directiva (CE) 2004/38<sup>37</sup>, en un caso en el que la pareja como tal había gozado del reconocimiento a efectos de residencia en los Países Bajos y que pretende

<sup>28</sup> Lo cual no significa que ello no vaya a tener un impacto para el Derecho internacional privado. P. JIMÉNEZ BLANCO, “La movilidad transfronteriza de matrimonios entre personas del mismo sexo: la UE da un paso: Sentencia del Tribunal de Justicia de 5 de junio de 2018, asunto C- 673/18: Coman”, *La Ley Unión Europea*, nº 61, 2018.

<sup>29</sup> Apartado 46.

<sup>30</sup> A. ÁLVAREZ GONZÁLEZ, “¿Matrimonio entre personas del mismo sexo para toda la UE?: A propósito de las conclusiones del Abogado General en el Asunto Coman”, *La Ley Unión Europea*, nº 56, 2018.

<sup>31</sup> “El presente Reglamento no define el concepto de “matrimonio”, que es definido por el Derecho nacional de los Estados miembros”.

<sup>32</sup> En el ámbito propio de la libre circulación, M.N. ARRESE IRONDO, *La Ciudadanía de la Unión Europea y la libertad de Circulación de los Familiares Extranjeros*, Bilbao, Lete argitaletxea, 2012, pp. 79-84, así como también en el plano del Derecho internacional privado. G. PALAO MORENO, “La determinación de la ley aplicable en los Reglamentos en materia de régimen económico matrimonial y efectos patrimoniales de las uniones registradas 2016/1103 y 2016/1104”, *REDI*, nº 71, 1, 2019, pp. 90-91.

<sup>33</sup> Puede consultarse la versión consolidada del Real Decreto en: <https://www.boe.es/buscar/act.php?id=BOE-A-2007-4184>.

<sup>34</sup> Ampliamente tratado en D. MARÍN CONSARNAU, “Las “uniones registradas” en España como beneficiarias del Derecho de la UE a propósito de la Directiva 2004/38/CE y del Reglamento (UE) 2016/1104”, *Cuadernos de Derecho Transnacional*, nº 9, 2, 2017, pp. 419-447.

<sup>35</sup> Cuestión puesta de relieve en el debate sobre si dicha obligatoriedad es una exigencia para la constitución de la unión o si la unión debe considerarse necesariamente registrada. 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)”, *Indret*, 2, 2017, pp. 282-284 y 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 Derecho internacional privado”, *REEI*, nº 35, 2018, p. 7. Debate en el que se invita a acudir a la *lex registrii* para que, tanto el carácter constitutivo o declarativo del registro, sean posibles. A. RODRÍGUEZ BENOT, “Ámbito de aplicación y definiciones”, en J. L. IGLESIAS BUHIGUES, G. PALAO MORENO, P. QUINZÁ REDONDO, *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*, Valencia, Tirant lo Blanch, 2018, pp. 52-53.

<sup>36</sup> 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, C. ESPLUGUES MOTA (Dir.), *Persona y familia en el nuevo modelo español de Derecho internacional privado*, Valencia, Tirant lo Blanch, 2017, pp. 313-329.

<sup>37</sup> STJUE 18 julio 2018, *Banger*, 89/17, ECLI: EU: C: 2018:570.

que continúe en el Reino Unido, país de la nacionalidad de uno de los miembros de la pareja, cuando la normativa del Reino Unido solamente reconoce como familiares beneficiarios a las uniones registradas, en atención a los arts. 7, 8 y 9 de las *Immigration (European Economic Area) Regulations 2006*<sup>38</sup>, que implementa en el Reino Unido la Directiva (CE) 2004/38, y que ha sido modificada en diversas ocasiones<sup>39</sup>, derogadas en la actualidad por las *Immigration (European Economic Area) Regulations 2016*<sup>40</sup>, que se complementan mediante las *European Casework Instructions*<sup>41</sup>.

**18.** Finalmente, otra de las relaciones familiares que ha presentado una especial dificultad son los descendientes. En el asunto *SM*<sup>42</sup> se plantea una cuestión prejudicial ante el TJUE respecto a un supuesto de kafala. La cuestión es si la kafala puede considerarse como descendiente directo del ciudadano de la Unión, según lo previsto en el art. 2 Directiva 2004/38/CE. En el caso que nos ocupa nos encontramos a un matrimonio de franceses que residen en el Reino Unido. La pareja constituyó una kafala en Argelia sobre una menor abandonada por sus padres biológicos al nacer, a la que incluso se le llegan a transmitir los apellidos. Al cabo de un tiempo se pretende de nuevo la entrada en el Reino Unido por parte de estos ciudadanos de la unión interesando la entrada de la pequeña como hija adoptiva, rechazándose la solicitud por parte de las autoridades debido a que la tutela en régimen de kafala no está reconocida como adopción en el Reino Unido y que no se había formulado solicitud de adopción internacional. A tal efecto, la cuestión prejudicial tantea si el concepto de descendiente directo debe recibir una interpretación autónoma por parte del Derecho de la Unión, o bien, si es una cuestión que debe quedar en manos de los derechos nacionales. El TJUE apuesta de nuevo, como en *Coman*, por la técnica de interpretación autónoma<sup>43</sup> y basándose en esta considera que el descendiente directo previsto en la Directiva no incluye a una menor que se halla bajo la tutela legal permanente de un ciudadano de la Unión con arreglo a la institución de la kafala argelina. La razón es que este régimen no crea ningún vínculo de filiación adoptivo o biológico<sup>44</sup>. Para el TJUE, en la interpretación autónoma del concepto de descendiente es preciso este vínculo, aunque ello no obsta para que la menor sea considerada como miembro de la familia extensa que recoge la propia Directiva en el art. 3, en el que en las facilidades que debe darse para su entrada en el Reino Unido corresponde tener en cuenta el art. 7 CDF, art. 8 CEDH y el interés superior de la niña.

**19.** No puede obviarse el impacto que esta sentencia tiene respecto al Derecho de extranjería interno<sup>45</sup>. Ello, especialmente debe plantearse en el caso español. El régimen de tutela legal no se encuentra contemplado expresamente en el art. 2 del RD 240/2007, de 16 de febrero, pero que sí puede incluirse en el art. 2 bis que cubre a la familia extensa, cuando el reagrupante es un ciudadano de la Unión, entendiéndose también la persona que posee la nacionalidad española. Tras la STJUE en *SM* debe discutirse si puede mantenerse la diferencia en el tratamiento de las kafalas en la reagrupación familiar que sostiene la Instrucción DGI/SGRJ/07/2007, de 27 de septiembre de 2007 sobre la kafala<sup>46</sup>. En base a esta, se distingue sobre el tratamiento de las autorizaciones de residencia del *makful* respecto a si se califica la kafala como una tutela dativa (para casos de abandono del menor por padres biológicos o muerte) o como un supuesto de acogida (para casos de constitución de kafala intrafamiliar cuando los padres están vivos). Hasta el momento, solamente el primer tipo de kafalas (tutela) puede considerarse como familiar

<sup>38</sup> SI 2006 n° 1103.

<sup>39</sup> The Immigration (European Economic Area) Amendment) Regulations 2009, SI 2009 n° 1113; The Immigration (European Economic Area) (Amendment) Regulations 2011, SI 2011 n° 1247; The Immigration (European Economic Area) (Amendment) Regulations 2012, SI 2012 n° 1547 y The Immigration (European Economic Area) (Amendment) Regulations 2012, SI 2012 n° 2560.

<sup>40</sup> SI 2016 n°1052.

<sup>41</sup> Disponibles en: <https://www.gov.uk/government/collections/eea-swiss-nationals-and-ec-association-agreements-moder-nised-guidance>.

<sup>42</sup> STJUE 26 marzo 2019, SM, 129/18, ECLI:EU:C:2019:248.

<sup>43</sup> Apartado 51.

<sup>44</sup> Apartado 54.

<sup>45</sup> N. MARCHAL ESCALONA, “La kafala, ciudadanía de la unión y los derechos fundamentales del menor: de Estrasburgo a Luxemburgo”, *La Ley Unión Europea*, n° 71, junio de 2019.

<sup>46</sup> [http://extranjeros.mtramiss.gob.es/es/normativa/nacional/instrucciones\\_sgje/documentos/2007/Instruccion\\_DGI\\_06-2007.pdf](http://extranjeros.mtramiss.gob.es/es/normativa/nacional/instrucciones_sgje/documentos/2007/Instruccion_DGI_06-2007.pdf)

reagrupable en el régimen general de extranjería (art. 53 RD 557/2011, de 20 de abril<sup>47</sup>, que recoge los familiares beneficiarios de la reagrupación familiar en el régimen general) o en el régimen UE de libre circulación (art. 2 bis RD 240/2007), expulsando al segundo tipo de kafala (acogida) de cualquiera de estos regímenes de reagrupación. La cuestión es si ello es compatible con la doctrina emanada de *SM*.

**20.** Si bien puede dudarse de su compatibilidad cuando el reagrupante es ciudadano de la unión, se antoja más difícil mantener el argumento cuando el reagrupante es una nacional de un tercer Estado. Respecto al primero, en la regulación de la familia extensa en la Directiva lo importante para el TJUE no es la calificación jurídica de la figura que recibe en el Estado miembro de acogida sino atender a la concepción y efectos que esta tiene en origen<sup>48</sup> cuando se toma en cuenta el art. 7 CDF, el art. 8 CEDH y el interés superior del menor en el caso concreto, pues no es desconocido que la figura de la kafala difiere de un país a otro. Cuestión distinta se nos plantea en el segundo de los supuestos, por cuanto la Directiva 2003/86/CE, sobre reagrupación familiar<sup>49</sup> no incluye con carácter preceptivo como familiares reagrupables a los miembros de la familia extensa en condiciones similares a las de la Directiva (CE) 2004/38; el art. 3 habla de hijos y no de descendientes y no se abre a otros familiares a cargo. No obstante, el régimen general de reagrupación familiar español es más favorable a lo previsto en la Directiva e incluye el régimen de tutela legal en el art. 53 RD557/2011, por lo que la calificación jurídica que se recibe en España es relevante, porque, precisamente, los Estados miembros no están compelidos a incluir este tipo de relaciones como beneficiarias del derecho a la reagrupación familiar.

**21.** De nuevo, en el régimen de libre circulación UE, en atención a la inclusión de un *makful* como miembro de la familia extensa en el régimen UE libre circulación, implicará que la autoridad nacional facilite su entrada y su residencia procediendo a una apreciación equilibrada y razonable del conjunto de circunstancias, teniendo en cuenta los intereses en juego y en especial el interés superior de los menores afectados: edad desde la cual los menores están en régimen de kafala; existencia de vida en común con el *kafil* o la *kafila* y su grado de relaciones afectivas, así como el nivel de dependencia con estos que se valora en función de la asunción que tengan de la patria potestad legal y económica<sup>50</sup>, cuestión que aparece vinculada a la regulación de la figura en el país de origen, teniéndose en cuenta además que la denegación de la entrada y residencia en el Estado miembro de acogida impida que “estos últimos lleven una vida en común en dicho Estado miembro, puesto que uno de ellos se ve obligado a permanecer con los menores en cuestión en el Estado de origen de estos para cuidar de ellos”<sup>51</sup>.

## 2. Razones que afectan a la situación del ciudadano de la Unión

**22.** La otra de las razones que suma conflictos a las familias mixtas viene dada por la nacionalidad que poseen los miembros de la familia y sus efectos en la reagrupación familiar<sup>52</sup>. Complejidad

<sup>47</sup> Puede consultarse la versión consolidada del Real Decreto en: <https://www.boe.es/buscar/act.php?id=BOE-A-2011-7703>.

<sup>48</sup> Así lo entiende el Abogado General M. Campos Sánchez-Bordona en sus conclusiones presentadas el 26 de febrero de 2019, ECLI: EU:C:2019:140, apartado 33: “La duda así expuesta no admite una respuesta generalizada, en abstracto. La kafala es una institución del derecho de familia de algunos países de tradición coránica que no tiene un tratamiento uniforme en todos ellos. Para discernir si un *makful* (el menor) puede reputarse “descendiente directo” del *kafil* o de la *kafila* (los adultos que lo acogen) habrá que: tender, en primer lugar, a la legislación civil del país de origen del menor (es decir, del país que permitió su acogimiento); dilucidar si, en el marco de esa legislación, la kafala puede revestir formas jurídicas dispares y analizar, de ser así, qué efectos jurídicos despliega la elegida por el *kafil* o la *kafila* para hacerse cargo del menor; y comprobar que entre aquellos efectos jurídicos se halla la formación de un genuino vínculo parental (paterno-filial) entre el *kafil* o la *kafila* y el *makful*, más allá del nexo propio de las relaciones de tutela. De no ser así, habría que estudiar si la relación entre el *kafil* o la *kafila* y el *makful* pudiera asimilarse, funcionalmente, a la de una adopción”.

<sup>49</sup> Directiva 2003/86/CE DEL Consejo de 22 de septiembre de 2003 sobre el derecho a la reagrupación familiar. *DO L* 251/12 de 3 de octubre de 2010.

<sup>50</sup> Apartados 68 y 69.

<sup>51</sup> Apartado 72.

<sup>52</sup> Las dificultades a las que se enfrentan las familias cuyos miembros poseen la nacionalidad de algún tercer Estado son para algunos autores un modo de penalizar a aquellos nacionales que no han escogido como a familiares a otros nacionales o ciudadanos de la Unión. En este sentido E. GUILD, “EU Inclusion and Exclusion: From Workers to Citizens to People”, en C.

especialmente delicada cuando el reagrupante es un ciudadano de la Unión que pretende dicha reunificación: a) en el Estado miembro de su nacionalidad en el que siempre ha residido o b) en el Estado de su nacionalidad tras ejercer su derecho a la libre circulación y residencia en otro Estado miembro y retorna. Y ello por cuanto en estos supuestos decae el amparo directo de la Directiva 2004/38/CE. El ámbito de aplicación material, tal y como se expresa en el art. 3.1, se circunscribe al ciudadano de la Unión que se traslade o resida en un Estado miembro distinto de su nacionalidad, y que así ha sido reforzado por el TJUE en el asunto *Ruiz Zambrano*<sup>53</sup>.

**23.** Esta opción, a nuestro entender, fomenta la cultura de la discriminación inversa en aquellos países miembros que promueven que el familiar extracomunitario de sus propios nacionales reciba, en cuanto a derechos de residencia, un trato menos favorable que el que recibiría el familiar de cualquier otro ciudadano de la Unión que trasladara su residencia a dicho Estado miembro, ofreciéndonos, como ha sido puesto de manifiesto por la doctrina, una subclase de ciudadanos de la Unión<sup>54</sup>, y que, como tal, ha sido concebido en el discurso político del *brexit*, aunque desde una perspectiva un tanto distorsionada.

**24.** La exclusión del ámbito de aplicación de la Directiva no significa automáticamente que ambas situaciones queden fuera de toda protección del Derecho de la Unión cuando existe una vinculación con este. Tal y como hemos señalado en la introducción, la rica casuística que gira sobre los efectos de la discriminación inversa en relación con los permisos de residencia de los familiares nos muestra como la reagrupación familiar no se concibe en la realidad de estas familias como un derecho asociado exclusivamente al ejercicio de la libre circulación y residencia del ciudadano de la Unión.

**25.** Si bien se ha utilizado como argumento a la justificación de este tipo de políticas discriminatorias hacia los propios nacionales que tiene que ver con el hecho de que si los Estados favorecen la residencia a los inmigrantes es probable que se suscite una irritación considerable entre sus ciudadanos<sup>55</sup>, la evolución del estatuto de ciudadanía de la UE nos conduce a otro resultado; el que el ciudadano de la UE no acepte en su reagrupación familiar el ser discriminado en su Estado miembro de origen respecto a otro ciudadano de la Unión. En consecuencia, es la casuística la que ha llevado al TJUE a ofrecer una protección basada en los arts. 20 y 21 TFUE, superándose la visión de las cuestiones puramente internas en el ámbito de la reunificación familiar en supuestos muy concretos, pero que van ampliándose, acotándose el margen de las políticas que la promueven. Es por ello que nos preguntamos si no sería más adecuado que el derecho derivado también evolucionara en un sentido inclusivo, superándose las barreras que en la negociación de las Directivas 2003/86/CE y 2004/38/CE, supusieron el fracaso para abordar la reagrupación familiar de los ciudadanos de la Unión que residen en el Estado miembro de su nacionalidad<sup>56</sup>. O, si, por el contrario, podemos seguir manteniendo el pulso a los efectos de la discrimi-

GRÜTTERS, S. MANTU, P. MINDERHOUD (Eds.), *Migration on the move*, Leiden, Brill/Nijhoff, 2017, p. 203.

<sup>53</sup> STJUE 8 marzo 2011, *Ruiz Zambrano*, 34/09, ECLI: EU: C: 2011:124. 2011, apartado 39. P. ABARCA JUNCO, M. VARGAS GÓMEZ-URRUTIA, “El estatuto de ciudadano de la Unión y su posible incidencia en el ámbito de aplicación del Derecho comunitario (STJUE *Ruiz Zambrano*)”, *REEI*, nº 23, 2012, pp. 13-15.

<sup>54</sup> P. JIMÉNEZ BLANCO, “Las libertades de circulación y residencia de los miembros de la familia de los ciudadanos de la Unión Europea”, *Diario La Ley*, 5771, 2003. En consecuencia, la regla es que no todos los ciudadanos de la Unión gozan al mismo de los beneficios del Derecho de la Unión, puesto que la propia Directiva restringe su ámbito de aplicación. S. MANTU, “Alternative Views on EU Citizenship”, en C. GRÜTTERS, S. MANTU, P. MINDERHOUD (Eds.), *ob.cit.*, p. 229. Regla, que como manifiestan algunos autores, nos lleva incluso a una categorización de casta de ciudadanos de la unión, en función del nivel adquisitivo o de estudios, que va a poder ejercer efectivamente, o al menos con una mayor potencialidad, su derecho a la libre circulación y residencia en otro Estado miembro, constatándose que no es un privilegio del que van a poder beneficiarse todos los ciudadanos de la Unión. M.P. GRANGER, “The protection of civil rights and liberties and the transformation of Union citizenship”, en S. SEUBERT, M. HOOGENDOORN, T. KNIJN, S. DE VRIES, F. VAN WAARDEN (Eds.), *Moving Beyond Barriers. Prospects for EU Citizenship*, Northampton, Edward Elgar Publishing, Publisher, 2018, pp. 183-185.

<sup>55</sup> B. SUNDERBERG-WEITMAN, *Discrimination on grounds of nationality. Free movement of Workers and Freedom of Establishment under ECC Treaty*, The Netherlands, North-Holland, 1977, p. 116.

<sup>56</sup> En la negociación de las Directivas 2003/86/CE y 2004/38/CE se pretendió sin éxito abordar la reagrupación familiar de los ciudadanos de la Unión que residen en el Estado miembro de su nacionalidad. D. MARÍN CONSARNAU, *La reagrupación*

nación inversa a supuestos que sí están vinculados al Derecho de la Unión a través de la construcción de la protección que brindan los arts. 20 y 21 TFUE<sup>57</sup>.

**26.** Respecto a la primera de las ideas, quizás incluso puede decirse que ello llega en un momento adecuado con el *brexít* del Reino Unido, siempre y cuando no suponga una reforma de la Directiva que rebaje las expectativas que gracias al TJUE se han conseguido para su aplicación directa o analógica<sup>58</sup>.

**27.** La postura del Reino Unido en 2016 fue anunciar la imposición de las mismas restricciones previstas para la reagrupación de los familiares de los nacionales británicos a cualquier otro ciudadano de la Unión. Esta solución acompañada de una reforma de la Directiva en dichos términos hubiera significado la desaparición del régimen actual de discriminación inversa, pero situándose muy lejos de la interpretación del TJUE sobre la propia Directiva y el alcance de la protección actual que proporciona el art. 21 TFUE<sup>59</sup>.

**28.** En estos términos lo que se adopta es una actitud defensiva ¿Es un abuso el buscar el amparo del Derecho de la Unión para las familias mixtas? Estamos en la franja del uso y el abuso, y para respetar el uso, ¿debe controlarse desde una regulación para frenar el abuso incluso cuando se recurre a un uso legítimo cuyo manto de protección deriva de los arts. 20 y 21 TFUE?

**29.** Esta actitud es la que se observa en la carta dirigida por Cameron al presidente del Consejo el 19 de noviembre de 2015<sup>60</sup>:

“We need to crack down on the abuse of free movement, an issue on which I have found wide support in my discussions with colleagues. This includes tougher and longer re-entry bans for fraudsters and people who collude in sham marriages. It means addressing the fact that it is easier for an EU citizen to bring a non-EU spouse to Britain than it is for a British citizen to do the same”.

**30.** En estas líneas puede verse como se da la vuelta al razonamiento. Es decir, es la Directiva 2004/38/CE la que perjudica a los nacionales británicos en la reagrupación familiar y no la política de discriminación inversa que mantiene el Reino Unido. Pero, como señala Guild, para acabar con las desventajas, ¿no es más adecuado poner fin a la exclusión que sufren los ciudadanos británicos respecto al ámbito de aplicación de las *Immigration (European Economic Area) 2006*?<sup>61</sup>.

---

*familiar en el régimen comunitario: problemas de discriminación inversa*, Barcelona, Bosch, 2010, p. 103. En este sentido, algunos autores defienden que esta reforma es necesaria para acabar con la discriminación inversa. C. DAUTRICOURT, S. THOMAS, “Reverse discrimination and Free Movement of Persons Under Community Law: All for Ulysses, Nothing for Penelope?”, *European Law Review*, nº 3, 2009, pp. 450-454; H. VERSCHUEREN “Reverse discrimination: An Unsolvably Problem?”, en P. MINDERHOUD, N. TRIMIKLINIOTIS (Eds.), *Rethinking the Free Movement of Workers: The European Challenges Ahead*, Nijmegen, Wolf Legal Publishers, 2009, p. 199. Incluso se propone una reforma de los arts. 20 y 21. A. TRYFONIDOU, *The impact of Union Citizenship on the EU’s market freedoms*, ob.cit., pp. 204-207, o del art. 20 en el sentido que los ciudadanos de la Unión tienen derecho a la libre circulación y a residir libremente en el territorio de los Estados miembros, cuyo principio debería trasladarse al espíritu de una futura reforma de la Directiva 2004/38/CE. C. BERNERI, *Family Reunification in the EU: The Movement and Residence Rights of Third Country National Family Members of EU Citizens*, Oxford, Hart Publishing, 2017, p. 122.

<sup>57</sup> Cuestión ya puesta en duda por K. GROENENDIJK, “Reverse Discrimination, Family Reunification and Union Citizens of Immigrant Origin”, en E. GUILD, C. GORTÁZAR ROTAECHE, D. KOSTAKOPOULOU, (Eds.), *The Reconceptualization of European Union Citizenship*, Leiden, Martinus Nijhoff Publishers, 2014, pp. 183-185.

<sup>58</sup> En este sentido se expresa Guild en referencia al endurecimiento de las condiciones a las que la Comisión parecía estar dispuesta. E. GUILD, *BREXIT and its Consequences for UK and EU Citizenship or Monstrous Citizenship*, ob. cit., pp. 55-67.

<sup>59</sup> V. VERBIST, ob. cit., pp. 126-128.

<sup>60</sup> [https://www.gov.uk/government/uploads/system/uploads/attachment\\_data/file/475679/Donald\\_Tusk\\_letter.pdf](https://www.gov.uk/government/uploads/system/uploads/attachment_data/file/475679/Donald_Tusk_letter.pdf) visited 25 August 2016. En referencia al trato en la campaña, S. REYNOLDS, “(De)constructing the Road to Brexit: Paving the Way to Further Limitations on Free Movement and Equal Treatment?”, en D. THYM, ob.cit., p. 80, poniéndose de manifiesto que ello ha servido para poner sobre la mesa la división entre los ciudadanos de la UE que se mueven y los estáticos, D. THYM, “The Evolution of Citizens’ Rights in Light of the European Union’s Constitutional Development”, en D. THYM, ob.cit., p. 127.

<sup>61</sup> E. GUILD, *BREXIT and its Consequences for UK and EU Citizenship or Monstrous Citizenship*, ob. cit., p. 59.

31. Se trata de un ejemplo más del discurso político orientado hacia el *brexít*, cuya respuesta en las conclusiones de 19 de febrero de 2016, especialmente en la declaración de la Comisión que consta en el anexo VII, sorprende hacia una propuesta de endurecimiento de la Directiva (CE) 2004/38/ respecto a la reagrupación familiar de nacionales de terceros Estados en aras a reducir el ámbito de aplicación a los movimientos “genuinos”<sup>62</sup>, y que ha llevado a la doctrina a plantearse el sentido de esta orientación si finalmente el Reino Unido va a salir de la UE, aunque evidenciándose como algunos Estados miembros, con la excusa del *brexít*, se muestran proclives a ello<sup>63</sup>.

32. En el planteamiento de estos interrogantes topamos con la STJUE en el asunto *Lounes* en el que, como insistiremos en el apartado cuarto de este trabajo, las circunstancias que envuelven al ciudadano de la Unión no se enmarcan estrictamente en ninguno de los dos supuestos estándares a) y b) mencionados, convirtiéndose en una muestra más de esta rica casuística en la que la conexión comunitaria se muestra con distintas facetas y de cómo el mantenimiento de políticas de discriminación inversa acaban provocando desventajas para situaciones que, bajo la doctrina del TJUE, no se consideran puramente internas. Tras su análisis, pondremos sobre la mesa algunas reflexiones que nos asaltan respecto al lugar de fondo que ocupa la discriminación inversa en esta casuística y nos focalizaremos especialmente en las dificultades que para el Derecho de extranjería de origen interno supone integrar las reglas del TJUE, especialmente, sobre el papel del art. 21 TFUE y la aplicación analógica de la Directiva 2004/38/CE.

### III. El manto protector del Derecho de la Unión: el papel de los arts. 20 y 21 TFUE

33. La premisa de la casuística a la que nos estamos refiriendo es que el ciudadano de la Unión busca soluciones para no ser discriminado y poder residir en el país de su nacionalidad con sus familiares<sup>64</sup>. No nos engañemos, una de las urgencias de las familias internacionales es poder residir en términos de legalidad, y que, en sus inicios, nace de la compensación al esfuerzo de aquellos ciudadanos de la Unión que participan económicamente en el mercado único, pero que ya ha sido superado por un estatuto de ciudadanía cuya vocación es convertirse en un estatuto fundamental. Sin embargo, como hemos podido apreciar en el discurso político en el contexto del *brexít*, esta búsqueda se concibe negativamente al generalizarse como un abuso del Derecho de la Unión.

34. Y es que, aunque no se haya ejercido el derecho a la libre circulación y residencia o de hacerlo se retorne al Estado miembro de origen, se trata de ciudadanos de la Unión, lo que provoca que los asuntos planteados vayan sorprendiendo a los órganos jurisdiccionales internos ante las dificultades para la obtención de permisos de residencia para los familiares en situaciones en las que se van desdibujando los límites para considerar que los hechos revelan una situación puramente interna en la que la discriminación inversa resulta admisible, y que presenta como un síntoma de las deficiencias en la adaptación a la doctrina del TJUE por parte del Derecho de extranjería interno. Síntoma que encuentra su origen, como hemos visto, en la falta de respuesta directa en el derecho derivado, generándose, en consecuencia, la necesidad de plantear cuestiones prejudiciales con unos contornos extremadamente perfilados al caso concreto y que aumentan al compás de los pronunciamientos evolutivos del TJUE. Y allí dónde el derecho derivado no da cobijo, sí que va ofreciendo tutela, gracias a la interpretación del TJUE, el derecho de primario. El paraguas protector lo encontramos en los arts. 20 y 21 Tribunal de Luxemburgo.

35. El art. 20 TFUE para aquellos supuestos en los que el ciudadano de la Unión reside y siempre ha residido en el Estado miembro de su nacionalidad (asunto *Ruiz Zambrano*, en el caso de unos

<sup>62</sup> EUCO (European Council document) 10/16 de 19 de febrero de 2016, pp. 8-37, en especial en referencia al anexo VII, p. 35.

<sup>63</sup> K. GROENENDIJK, “Brexit: Free Movement of Union Citizens and the Rights of Third-Country Nationals under Threat?”, en C. GRÜTTERS, S. MANTU, P. MINDERHOUD (Eds.), ob.cit. pp. 292-302.

<sup>64</sup> S. SEUBERT, “From protection to empowerment”, en S. SEUBERT, O. EBERL, F. VAN WAARDEN, *Reconsidering EU citizenship: contradictions and constraints*, Northampton, Edward Elgar Pub., 2018, pp. 254-259.



niños belgas que han nacido y siempre han residido en Bélgica y en el que se pretende la regularización de sus progenitores colombianos) o para aquéllos en los que no cubre el art. 21 TFUE (asunto *Rendón Marín*, en el supuesto de la hija polaca de un nacional colombiano, nacida en un Estado miembro distinto al de su nacionalidad, pero en el que siempre ha residido sino se tiene recursos para no ser una carga en el Estado miembro de acogida, teniendo en cuenta que por sus casos vínculos con Polonia es difícil que pueda residir en dicho país)<sup>65</sup>. Y el art. 21 TFUE para los casos en los que el ciudadano de la Unión ejerce su derecho a la libre circulación, pero la circunstancia concreta que envuelve su situación no está recogida en la Directiva 2004/38/CE (asunto *Zhu y Chen*, en el que se trata el permiso de residencia derivado de la madre de una menor nacida en Irlanda que traslada su residencia al Reino Unido, contando la niña con recursos suficientes para no ser una carga para el Estado miembro de acogida)<sup>66</sup>.

**36.** Desde esta realidad la lógica nos lleva a afirmar que existe protección, pero con distintos fundamentos<sup>67</sup>. Sin embargo, el problema es que desde la perspectiva del legislador interno y/ o aplicador u operador práctico creemos que no se entiende este diálogo o que es difícil de comprender y trasladar hacia la normativa. No es cuestión de transponer únicamente la Directiva 2004/38/CE a los ordenamientos jurídicos nacionales, sino de regular un Derecho de extranjería atendiendo también a la jurisprudencia del TJUE conforme a la protección que brindan los arts. 20 y 21 TFUE<sup>68</sup>, que precisa entender una triple tipología de situaciones: las que directamente están cubiertas por la Directiva (CE) 2004/38/CE, las que no están cubiertas pero en las que sí existe un vínculo con el Derecho de la Unión y finalmente las puramente internas. Ello se advierte, especialmente, desde la perspectiva del Derecho de extranjería interno, en el que el peso de la Directiva 2004/38/CE es tal que esta y las normas internas para su transposición se convierten en la fuente principal para resolver sobre los permisos de residencia de los familiares, tomando un papel más secundario, diríamos que judicializado, los arts. 20 y 21 TFUE, dificultándose el diálogo del TJUE con las medidas nacionales y los problemas de compatibilidad que plantean con el Derecho de la Unión.

**37.** Papel que, en el caso del art. 21 TFUE, parece perder incluso fuerza tras el protagonismo alcanzado por el art. 20 TFUE en el asunto *Ruiz Zambrano*. En este sentido, se advierte que, en algunas cuestiones prejudiciales, el órgano remitente interno omite completamente interrogar al TJUE sobre la compatibilidad de la medida nacional con el art. 21 TFUE, cuando podría hacerlo, agotando toda su estrategia en el art. 20 TFUE si la Directiva 2004/38/CE no resulta aplicable o existen dudas sobre su aplicación. Cuestión que ha tenido que ser señalada por el TJUE en diversas ocasiones, como en el asunto *Rendón Marín*, y que tomaremos como referencia en este trabajo por poner en jaque precisamente la compatibilidad de la normativa española de extranjería.

#### IV. El art. 21 TFUE a la luz del TJUE a los ojos del Derecho de extranjería interno

**38.** Con el ánimo de ilustrar sobre las dificultades que presenta el diálogo entre el art. 21 TFUE y la aplicación analógica de la Directiva 2004/38/CE para el Derecho interno, centraremos nuestro estudio en el asunto *Lounes*, precisamente por las novedades que aporta; protección del art. 21 TFUE en supuestos de doble nacionalidad a diferencia de un asunto precedente, *McCarthy*, en el que la doctrina emanada del TJUE tuvo consecuencias restrictivas en el Derecho de extranjería del Reino Unido.

**39.** Ninguna de las características de este caso puede estrictamente ubicarse en las situaciones a) y b) referenciadas en el apartado II. 2 de este trabajo, sino que, como hemos apreciado, muestra una de las múltiples situaciones en las que puede encontrarse un ciudadano de la Unión en el momento de

<sup>65</sup> STJUE 13 septiembre 2016, *Rendón Marín*, 165/14, ECLI: EU: C: 2016:675.

<sup>66</sup> STJCE 19 octubre 2004, *Zhu y Chen*, 200/02, ECLI: EU: C: 2004:639.

<sup>67</sup> M. SOTO MOYA, "La libre circulación de personas como concepto ambivalente", *REDI*, vol. LX, nº1, 2008, pp. 163-177.

<sup>68</sup> Ello se torna especialmente complejo en un sistema asimétrico en el que se da prioridad a las libertades económicas y en el que los derechos fundamentales se instrumentan para evaluar si las medidas nacionales constituyen limitaciones legítimas. C. O'BRIEN, *Unity in Adversity: EU Citizenship, Social Justice and the Cautionary Tale of the UK*, Oxford, Hart Publishing, 2017, p. 33.

reagrupar a su familiar, conectada con el Derecho de la Unión sin ser catalogada como una situación puramente interna, aunque no cumpla con los estándares de la Directiva 2004/38/CE.

40. En este sentido, nos encontramos con que la Sra. Ormazabal no es una ciudadana de la Unión que siempre ha residido en el Estado miembro de su nacionalidad ni tampoco es una ciudadana de la Unión que tras residir en otro Estado miembro regresa al Estado miembro de su nacionalidad. La Sra. Ormazabal, de nacionalidad española, se traslada al Reino Unido para cursar sus estudios en el año 1996, estableciendo allí su residencia. Trabaja en dicho Estado miembro a tiempo completo desde septiembre de 2004 y en agosto de 2009 adquiere la nacionalidad británica con motivo de su naturalización por residencia, aunque conservando la nacionalidad española. En 2013 inicia una relación con el Sr. Lounes, un nacional argelino que, desde que expira su visado de residencia temporal en 2010, permanece de forma irregular en el Reino Unido. En 2014, cuando la Sra. Ormazabal, recordemos es ya ciudadana británica, contraen matrimonio religioso (enero) y civil (mayo) y el esposo solicita un permiso de residencia acogiéndose a las *Immigration (European Economic Area) Regulations 2006*. La solicitud de permiso de residencia es denegada puesto que la Sra. Ormazabal ya no es considerada beneficiaria de estas ni tampoco de la Directiva 2004/38/CE, y ello, aunque mantenga también la nacionalidad española.

41. La situación de la sra. Ormazabal se nos revela, por tanto, como una situación híbrida de a) y b), fruto precisamente, de la rica casuística que se da en términos de reagrupación familiar en países que siguen políticas de extranjería que alimentan la discriminación inversa, como es el caso de Alemania, Austria, Bélgica, Países Bajos o el Reino Unido, que optan por tratar de forma menos favorable en la regulación de la reagrupación familiar cuando el reagrupante es nacional de dicho Estado miembro y siempre ha residido en él<sup>69</sup>, cuyos efectos acaban afectando a situaciones que no son puramente internas. Es por ello por lo que insistimos en que el *background* de estos casos siempre está presente la discriminación inversa, aunque no esté pensada para que tenga consecuencias en casos que sí están vinculados con el Derecho de la Unión. El asunto *Lounes* se presenta, así, como otro ejemplo de esta casuística en evolución continúa y que responde, reclamamos, a un denominador común: el problema no denunciado de la discriminación inversa. Sin embargo, como sucede en el marco de otras cuestiones prejudiciales el TJUE no alude directamente a la discriminación inversa<sup>70</sup>. Cuestión que sí ha llegado a ser afrontada por algunas de las conclusiones de los abogados generales<sup>71</sup>.

42. Concretamente, en el Reino Unido, los nacionales, aunque posean, a su vez, la nacionalidad de otro Estado miembro, están excluidos del ámbito de aplicación de la normativa que regula los permisos de residencia para los familiares de los ciudadanos de la Unión que trasladan su residencia al Reino Unido; *Immigration (European Economic Area) Regulations 2006*. La versión original de la *regulation 2* precisaba que el Reino Unido estaba excluido del concepto de “Estado del EEE” y tras las sucesivas modificaciones producidas a través de las *Immigration (European Economic Area) (Amendment) Regulations 2012 (2012/1547)* y las *Immigration (European Economic Area) (Amendment) (n.º 2) Regulations 2012 (2012/2560)*, la *regulation 2* dispone que “Se entenderá por nacional del EEE cualquier nacional de un Estado del EEE que no sea también ciudadano británico”.

43. Esta exclusión debe relacionarse necesariamente con la *regulation 9* que hace referencia a los miembros de la familia de los ciudadanos británicos que resultan beneficiarios cuando el ciudadano

<sup>69</sup> Fenómeno examinado exhaustivamente en los distintos Estados miembros por A. WALTER, *Reverse Discrimination and Family Reunification*, Nijmegen, Centre for Migration Law, 2008.

<sup>70</sup> Esta estrategia se enmarca en el contexto de presión en el que se encuentra el TJUE entre los intereses de los Estados miembros y del propio estatuto de ciudadanía. U. ŠADL, S. SANKARI, “Why Did the Citizenship Jurisprudence Change?”, en D. THYM, ob.cit., p. 89.

<sup>71</sup> D. MARÍN CONSARNAU, “La evolución de la protección que brinda el estatuto de ciudadanía de la unión vs. el fenómeno de la discriminación inversa”, en J. J. FORNER DELAYGUA, C. GONZÁLEZ BEILFUSS, R. VIÑAS FARRÉ, ob.cit., pp. 598-599. Es más, algunos autores en el estudio de los orígenes de la discriminación inversa acuñan el término a la doctrina y que ha logrado consolidarse hasta el punto que es recogida en las opiniones de los Abogados Generales. V. VERBIST, ob.cit., p. 8.

británico ha ejercido su derecho a la libre circulación y retorna al Reino Unido<sup>72</sup>. Dicha distinción, que es heredada de una política consolidada de discriminación inversa, ha conducido y sigue conduciendo a que en la realidad los ciudadanos británicos que tienen la oportunidad prefieran establecer su residencia en otro país miembro de la UE para poder beneficiarse del régimen de libre circulación en referencia a los permisos de residencia para sus familiares a su retorno al Reino Unido que someterse directamente al régimen general de extranjería propio<sup>73</sup>. Se mantiene, por tanto, una situación diferenciada a efectos de reagrupación familiar respecto al ciudadano británico que ha residido y trabajado en otro Estado miembro respecto a aquél ciudadano británico que solo ha residido y trabajado en el Reino Unido, y que es catalogada por algunos autores como una situación jurídicamente “curiosa”<sup>74</sup>, cuya connotación política negativa en la era del *brexit*, como se ha visto, achaca dicha diferenciación al Derecho de la Unión.

44. Pero, ¿por qué llega a darse esta exclusión tan extensa? La respuesta está en el margen de maniobra que proporcionó el asunto *McCarthy*, cuyo fallo sirvió para que limitar aún más al no incluir en el ámbito de aplicación de las *Immigration (European Economic Area) Regulations 2006*, a sus propios nacionales en el caso inclusive de que se poseyera la nacionalidad de otro país miembro. Aspecto que destaca el apartado 20 de la Sentencia:

“De la resolución de remisión se desprende en efecto que, antes de esa modificación, los ciudadanos británicos que también tenían la nacionalidad de un Estado del EEE, como la Sra. Ormazabal, eran considerados, a diferencia de quienes no poseían doble nacionalidad, nacionales del EEE en el sentido del artículo 2 del Reglamento de 2006 y podían, por lo tanto, ampararse en los derechos conferidos por este Reglamento. Sin embargo, a partir de dicha modificación, esos ciudadanos ya no son considerados nacionales del EEE y, por ende, ya no disfrutaban de tales derechos, de modo que los miembros de sus familias que sean nacionales de un tercer Estado tampoco pueden invocar un derecho de residencia en el Reino Unido en esa condición”.

## 1. El papel protagonista del art. 21 TFUE en el asunto *Lounes*

45. Para el TJUE los elementos que se dan en el caso de la Sra. Ormazabal sitúan el asunto fuera del ámbito de aplicación de la Directiva 2004/38/CE, atendiendo a que en la fecha que contrae matrimonio ella es ciudadana británica<sup>75</sup>. Desde que adquirió la nacionalidad británica, la Sra. Ormazabal ya no reside en un Estado miembro distinto del Estado del que tiene la nacionalidad, tal y como exige el artículo 3.1 Directiva 2004/38/CE. En consecuencia, ya no está incluida en el concepto de “beneficiario” previsto en el instrumento. Y es en el Reino Unido, el Estado miembro en el que su marido pretende residir como familiar de ciudadano de la Unión, no en un tercer Estado, lo que aparentemente nos conduce a una situación puramente interna en la que el Derecho de la Unión no debe intervenir.

46. Ahora bien, que no se beneficie directamente de la Directiva 2004/38/CE no significa que no haya ninguna conexión con el Derecho de la Unión. Existe un ejercicio de libre circulación previo y bajo la nacionalidad de otro Estado miembro, que ella aún conserva, lo que permite que la situación de la Sra. Ormazabal no quede catalogada como una situación puramente interna. En este sentido advierte el Tribunal que, aunque la cuestión prejudicial se ciñe a la interpretación del mantenimiento o no de la situación de beneficiario de la Directiva conforme al art. 3.1 en las circunstancias de la Sra. Ormazabal, ello no obsta para que el Tribunal introduzca otros elementos de interpretación del Derecho de la Unión oportunos, como resulta ser en el presente caso el alcance de la protección del art. 21.1 TFUE<sup>76</sup>. Abre de nuevo pues el TJUE el diálogo entre el art. 21 TFUE y la Directiva 2004/38/CE con el derecho interno.

<sup>72</sup> M. PHELAN, J., GILLESPIE, *Immigration Law handbook*, Oxford University press, 2015, p. 1359.

<sup>73</sup> Opción puesta de manifiesto desde de sus inicios. N. MOLE, *Immigration: family enter and settlement*, Bristol, Jordan & sons limited, 1987, p. 25.

<sup>74</sup> G. CLAYTON, *Immigration and Asylum Law*, Oxford University Press, 2006, p. 279.

<sup>75</sup> Apartados 37 a 44.

<sup>76</sup> Apartados 46 a 48.

47. Ciertamente resulta difícil clasificar la situación en el estándar del perfil fáctico del marco de protección del art. 20 TFUE que viene siendo utilizado desde *Ruiz Zambrano*, porque en puridad la Sra. Ormazabal no es una ciudadana de la Unión nacional de un Estado miembro en el que siempre ha residido, aunque *sí lo es* desde que adquiere la ciudadanía del Estado miembro de acogida. Con anterioridad a esta nueva condición de ciudadanía poseía otra nacionalidad, bajo la cual trasladó su residencia al Reino Unido ejerciendo, por tanto, su derecho a la libre circulación. Ello permite al TJUE, antes de entrar en la protección que podría ofrecer el art. 20 TFUE a las circunstancias de la Sra. Ormazabal, acudir con carácter previo al art. 21 TFUE, teniendo en cuenta que el TJUE ha reconocido la aplicación analógica de la Directiva para aquellos supuestos en los que ésta no expresamente contemplados en ella.

48. En consecuencia, la obtención de la nacionalidad del Estado miembro al que se ha trasladado, siendo ella con anterioridad también ciudadana de la Unión, proporciona un nuevo frente a esta rica casuística, puesto que sí había existido un traslado de residencia de un Estado miembro a otro previo a la naturalización en el que había sido su Estado miembro de acogida y manteniendo su nacionalidad de origen.

## 2. De *McCarthy* (2011) a *Lounes* (2017)

49. Como hemos advertido, la postura del TJUE en el asunto *McCarthy* fue aprovechada por el Reino Unido para limitar aún más el ámbito de aplicación de las *Immigration (European Economic Area) Regulations 2006*<sup>77</sup>. Pero la realidad de las familias mixtas supera, de nuevo, a la doctrina emanada en *McCarthy*.

50. En este tipo de casuística relacionada con los arts. 20 y 21 TFUE el TJUE utiliza técnicas de argumentación interpretativa para mantener sus razonamientos con pronunciamientos que provocan resultados distintos, inducidos por los elementos que provocan diferencias en el caso concreto de un asunto precedente<sup>78</sup>. En el caso de la Sra. McCarthy, su doble nacionalidad británica e irlandesa no fue suficiente para considerarla beneficiaria de la Directiva 2004/38/CE ni tampoco para afirmar la existencia de un amparo directo e indiscutible del art. 21, al no haber ejercido su derecho a la libre circulación<sup>79</sup>, ejercicio que, por el contrario, sí que ha existido en el caso de la Sra. Ormazabal, aunque posteriormente hubiera obtenido la nacionalidad del Estado miembro de acogida. A diferencia de los hechos en el asunto *McCarthy*, la situación de doble nacionalidad de la Sra. Ormazabal sí permite entonces activar la protección del art. 21 TFUE y la aplicación analógica de la Directiva 2004/38/CE, y se traduce en el reconocimiento de un derecho de residencia derivado para el Sr. Lounes. El Tribunal así lo reconoce, de acuerdo con su jurisprudencia anterior, con sujeción a unos requisitos de concesión que no deberán ser más estrictos que los contemplados en la Directiva 2004/38/CE, siguiendo la doctrina en *O. y B.*<sup>80</sup>, debido a que ésta se aplica, pero no por resultar la Sra. Ormazabal y su esposo beneficiarios de ésta, sino por analogía, tal y como resulta también de la doctrina emanada en *Chávez-Vilchez y otros*<sup>81</sup>.

51. Entendemos pues que el mantenimiento de la otra nacionalidad no es el elemento clave que activa dicha protección sino que existió un ejercicio de libre circulación y residencia en el transcurso de la vida del ciudadano de la Unión y que fue el que precisamente le llevó a un nivel de integración que

<sup>77</sup> Se trata de una estrategia propia de una política que favorece la discriminación inversa que apuesta por endurecer los requisitos para la reagrupación familiar de los ciudadanos británicos, como, por ejemplo, la reforma propiciada en 2012, que exige recursos económicos para ello. E. GUILD; S. PEERS; J. TOMKIN, ob.cit., p. 11.

<sup>78</sup> Ello, por ejemplo, justifica la diferencia de resultado de *Ruiz Zambrano* a *McCarthy*. R. CIPPITANI, “Argumentos interpretativos del Tribunal de Justicia y el derecho a libre circulación de los familiares nacionales de países terceros”, *Revista electrónica Cátedra Jean Monnet*, nº 2, 2014, pp. 32-36.

<sup>79</sup> D. MARÍN CONSARNAU, “Artículo 21 TFUE. Libre circulación de personas. Nacional que siempre ha residido en el Estado miembro de su nacionalidad. Nuevos matices a la protección que ofrece el estatuto de ciudadano de la unión”, *Revista de Derecho Comunitario Europeo*, nº 41, 2012, pp. 221-236. El TJUE excluye la protección cuando no existe un elemento que nos conecte con el Derecho de la Unión. A. TRYFONIDOU, *Reverse discrimination in EU Law*, ob.cit., p. 119.

<sup>80</sup> STJUE 12 de marzo 2014, O. B, 456/12, ECLI: EU: C: 2014:135, apartados 50 y 61.

<sup>81</sup> STJUE 10 mayo 2017, H.C. Chávez-Vilchez y otros, 133/15, ECLI: EU: C: 2017:354, apartados 54 -55.

le permitió llegar a la obtención de la nacionalidad del Estado miembro de acogida<sup>82</sup>. Para el Tribunal, atendiendo a las consideraciones del Abogado General Yves Bot<sup>83</sup>, la adquisición de la nacionalidad del Estado miembro de acogida significa el mayor grado de integración y tendría impactos negativos que ello representara situarse en una posición menos favorable a efectos de reagrupación familiar, resultando así incompatible con el Derecho de la Unión, la exclusión de los ciudadanos británicos que posean la nacionalidad de otro Estado miembro.

**52.** Sin embargo, cabe señalar que en su decisión el TJUE incluye que el ciudadano de la Unión “conserva al mismo tiempo su nacionalidad de origen”, cuestión que también podría ser tomada como referencia para nuevos límites tal y como sucedió tras *McCarthy* en el Reino Unido. Ello si finalmente no hay *brexit*, de haberlo, aventuramos que el régimen UE de libre circulación acabará desapareciendo<sup>84</sup>. Hasta el momento, con independencia de *Lounes*, la estrategia del Reino Unido en el propio régimen UE ha sido poner más frenos a la entrada de inmigración familiar, mediante modificaciones más restrictivas en las *Immigration (European Economic Area) Regulations 2006*<sup>85</sup>, derogadas por las *Immigration (European Economic Area) Regulations 2016*, en las que se incluyen, la exigencia de una *genuine residence* para el familiar y el ciudadano británico y la *purpose of residence test*<sup>86</sup>, desarrolladas en la *Guidance Free movement rights: family members of British citizens*<sup>87</sup>:

“Reg. 9. (1) If the conditions in paragraph (2) are satisfied, these Regulations apply to a person who is the family member (“F”) of a British citizen (“BC”) as though the BC were an EEA national. (2) The conditions are that—(a)BC—(i)is residing in an EEA State as a worker, self-employed person, self-sufficient person or a student, or so resided immediately before returning to the United Kingdom; or (ii)has acquired the right of permanent residence in an EEA State; (b)F and BC resided together in the EEA State; and (c)F and BC’s residence in the EEA State was genuine. (3) Factors relevant to whether residence in the EEA State is or was genuine include—(a)whether the centre of BC’s life transferred to the EEA State; (b)the length of F and BC’s joint residence in the EEA State; (c)the nature and quality of the F and BC’s accommodation in the EEA State, and whether it is or was BC’s principal residence;(d)the degree of F and BC’s integration in the EEA State; (e)whether F’s first lawful residence in the EU with BC was in the EEA State”.

## V. ¿Qué clase de solución nos aporta este diálogo desde la perspectiva del Derecho de extranjería interno?

**53.** A pesar de que el art. 21 TFUE ofrezca amparo para la situación concreta que no ha sido sea relegada a una cuestión puramente interna, lo cierto es que los efectos en la normativa o en la práctica interna no consiguen un impacto suficiente para dar cobertura a las distintas posibilidades que pueden

<sup>82</sup> S. PEERS, “Dual citizens and EU citizenship: clarification from the ECJ”. Recuperado de <http://eulawanalysis.blogspot.com.es/search?q=Lounes>, 2017.

<sup>83</sup> Presentadas el 30 de mayo de 2017, ECLI: EU: C: 2017:407.

<sup>84</sup> Tal y como advierte Jiménez Blanco: “El eventual acuerdo entre la UE y el Reino Unido, para la implantación del Brexit, habrá de integrar y considerar la situación de los miembros de la familia de los ciudadanos de la UE residentes en el Reino Unido, aunque también sean nacionales británicos. Hecho efectivo el Brexit, la constitución de cualquier relación familiar futura con estos ciudadanos quedará exclusivamente sometida a las leyes británicas”, en este último supuesto el conducto, para la autora, será el art. 8 CEDH. P. JIMÉNEZ BLANCO, “Doble nacionalidad y derecho de residencia de los miembros de la familia del ciudadano de la Unión”, *La Ley Unión Europea*, nº 56, febrero 2018.

<sup>85</sup> AA. VV, *Immigration Manual*, London, HJT Training professionals, 2017, p. 389.

<sup>86</sup> I. A. McDONALD, R. TOAL, *McDonald’s Immigration Law & Practice*, vol. 1, London, LexisNexis, 2017, pp. 46-47. Estas restricciones muestran el escrutinio que puede llegar a darse y que se traducen en nuevos obstáculos o barreras justificadas en el abuso del Derecho de la Unión como la regla general de estas familias mixtas. A. STAVER, “Free Movement for Workers or Citizens? Reverse Discrimination in European Family Reunification Policies”, en W. MASS (Ed.), *Democratic Citizenship and the Free Movement of People*, Brill/Nijhoff, 2013, p. 88.

<sup>87</sup> Publicadas el 25 de noviembre de 2016 y actualizadas a 29 de marzo de 2019. [https://assets.publishing.service.gov.uk/government/uploads/system/uploads/attachment\\_data/file/790934/family-member-of-british-citizen-v4.0-ext.pdf](https://assets.publishing.service.gov.uk/government/uploads/system/uploads/attachment_data/file/790934/family-member-of-british-citizen-v4.0-ext.pdf)

presentarse, ante la rigidez que caracteriza al Derecho de extranjería y seguimos enfrentándonos a la siempre eterna judicialización del problema. De igual modo nos ocurre con el art. 20 TFUE. Sale a cuenta denegar porque ¿cuántas denegaciones llegarán al recurso judicial?<sup>88</sup>

### 1. Autorización de residencia por circunstancias excepcionales: el arraigo familiar

54. Un ejemplo de este escenario lo encontramos en el Derecho de extranjería español en el asunto *Rendón Marín*, en el que una de las bondades de la interpretación del TJUE es que, aunque se reconoce que pueden existir límites a la aplicación del art. 20 TFUE como manto protector, debe ponderarse, caso por caso, el derecho a la vida familiar y el interés superior del menor<sup>89</sup>. El resultado es que el TJUE, recuperando el espíritu de *Ruiz Zambrano*<sup>90</sup>, ha declarado que una normativa que, como la española, prevé la denegación automática, sin dicha valoración, de autorizaciones de residencia por circunstancias excepcionales al progenitor de un menor español por tener antecedentes penales resulta contraria al art. 20 TFUE<sup>91</sup>.

55. Aun así, la normativa interna española no ha sido modificada y el interés superior del menor tampoco aparece en el precepto reglamentario que regula la figura del arraigo familiar; art. 124.3 RD 557/2011, de 20 de abril. En consecuencia, en sede administrativa difícilmente prosperará una solicitud de residencia si existen antecedentes penales, llegándose necesariamente a la vía del recurso judicial por las dificultades a las que se enfrentará el recurso administrativo. Y es que parece que el sistema confía en la valoración natural, caso por caso, de los órganos competentes para resolver y ello, en la realidad práctica que envuelve el Derecho de extranjería, nos conduce inevitablemente, ciñéndonos a la literalidad de las normas; art. 31.5 LO 4/2000, de 11 de enero y art. 128 RD 557/2011, de 20 de abril, a acudir a los tribunales para la obtención de permisos de residencia por motivos de arraigo familiar.

56. Pero *Rendón Marín* nos da la oportunidad de revelar algo más. En el caso, el progenitor, nacional de Colombia, tenía un hijo español y una hija polaca. El Tribunal Supremo en la cuestión prejudicial no pregunta por el papel que el art. 21 TFUE jugaría en el supuesto si se pretendiera un derecho de residencia para el padre al amparo del art. 21 TFUE teniendo en cuenta la situación de la hija; una niña ciudadana de la Unión, nacional de otro Estado miembro, que ha nacido en el Estado miembro de acogida y en el que siempre ha residido.

57. Y es que la parte recurrente ni se plantea esta vía. La normativa española de extranjería no la contempla, a pesar de la jurisprudencia en *Zhu y Chen*, seguida también en *Alokpa y otros*<sup>92</sup>. Es más, en este terreno nosotros nos preguntamos si la solución del arraigo familiar para los progenitores de españoles prevista en el art. 124.3 RD 557/2011, no es en sí misma una manifestación de discriminación inversa encubierta, en el caso en el que pudiera tramitarse una tarjeta de familiar de ciudadano de la Unión del progenitor de un menor ciudadano de la Unión que poseyera la nacionalidad de otro Estado miembro<sup>93</sup>. Pero la vía, hoy por hoy, no está prevista expresamente en el RD 240/2007, de 16 de febrero,

<sup>88</sup> D. MOYA MALAPEIRA, “Solicitudes de identificación de extranjeros y prácticas administrativas de control de extranjeros: Una revisión crítica”, ponencia al Encuentro *Nuevos retos del Derecho de Inmigración y de Asilo*, 16 de junio de 2017. Universidad Pontificia de Comillas. Facultad de Derecho-ICADE.

<sup>89</sup> D. MARÍN CONSARNAU, “Familia, extranjería e interés superior del menor”, en S. SANZ CABALLERO, *El interés superior del niño en la jurisprudencia internacional, comparada y española*, Navarra, Thomson Reuters Aranzadi, 2017, pp. 360-362. En referencia a las consecuencias de este asunto respecto a la figura del arraigo familiar D. MARÍN CONSARNAU, “La denegación de autorizaciones de residencia a propósito de la STJUE de 13 de septiembre de 2016, *Rendón Marín*, C-165/14”, en A. RUDA GONZÁLEZ, C. JEREZ DELGADO (Dir.), *Estudios sobre Jurisprudencia Europea. Materiales del I y II Encuentro anual del Centro español del European Law Institute*, Madrid, Sepin, 2018, pp. 737-748.

<sup>90</sup> Coincidiendo en una etapa post *brexit* D. KOSTAKOPOULOU, D. THYM, “Conclusion: The Non-Simultaneous Evolution of Citizens’ Rights”, en D. THYM, ob. cit., pp. 321-322.

<sup>91</sup> M. HAAG, “CS and *Rendón Marín*: Union Citizens and their Third-Country National Parents – A Resurgence of the *Ruiz Zambrano* Ruling?”. Recuperado de: <http://eulawanalysis.blogspot.com.es/2016/09/cs-and-rendonmarin-union-citizens-and.html>, 2016.

<sup>92</sup> STJUE 13 de octubre 2013, *Alokpa*, 86/12, ECLI:EU:C:2013:645.

<sup>93</sup> D. MARÍN CONSARNAU, “Luces y sombras del arraigo familiar como solución a la situación de los progenitores extranjeros

al contrario de lo que sucede en el Reino Unido con la reforma del 2012 a las *Immigration (European Economic Area) Regulations 2006*<sup>94</sup>. En la actualidad, en la versión de 2016, la *regulation* 16, párrafo 2, contempla los derechos de residencia derivados de los progenitores que sean cuidadores principales de los menores de 18 años que sean ciudadanos de la Unión que residen en el Reino Unido con recursos suficientes y que no podrían continuar residiendo en el Reino Unido si el progenitor abandonara este país por un tiempo indefinido. También en la misma *regulation*, párrafo 5, se da la solución a los derechos de residencia derivados de los progenitores de los menores ciudadanos británicos que no podrían residir en el Reino Unido o en otro Estado miembro de la UE o del AEEE si el progenitor abandonara el Reino Unido por un período indefinido.

**58.** Desde esta óptica, observamos como nuestro Derecho de extranjería se ha conformado en dar una solución a asuntos que puedan mostrar circunstancias afines a *Ruiz Zambrano*, aunque situándola fuera del régimen UE de libre circulación, y *Zhu y Chen*, a nuestro entender, es la gran olvidada, aunque no en vía judicial.

**59.** Ello provoca que llegase a arrinconarse el papel del art. 21 TFUE hasta el punto que el TJUE tiene que recordarlo. En este sentido, como ya hemos advertido, somos de la opinión que la doctrina *Ruiz Zambrano* basada en la protección del art. 20 TFUE ha llegado a eclipsar el acudir al recurso del art. 21 TFUE como fundamento para el reconocimiento en el caso concreto de derechos de residencia derivados<sup>95</sup>. Así puede observarse en los asuntos *Aloka*, *Rendón Marín* y *Chavez-Vilchez*, en los que el TJUE, recordando la doctrina emanada en *Zhu y Chen*, realiza la advertencia de que son situaciones en las que, dados ciertos requisitos de medios económicos del menor, acordes con lo previsto en el art. 7 Directiva 2004/38/CE, aunque este sea dependiente de su progenitor extracomunitario, los derechos de residencia del progenitor encuentran amparo en el art. 21 TFUE. De este modo, antes de entrar a analizar la compatibilidad respecto del art. 20 TFUE, acude en primer lugar a considerar si la situación encuentra cobijo en el art. 21 TFUE.

**60.** ¿Y cómo se recibe esta primera consideración del TJUE? Como hemos señalado, la normativa interna española sigue sin contemplar expresamente el cauce por el cual en el caso del señor Rendón Marín podría obtenerse un derecho de residencia amparado por el art. 21 TFUE, al tratarse del progenitor de una ciudadana de la Unión que reside en un Estado miembro distinto al de su nacionalidad y que depende de su padre que es nacional de un tercer Estado. Tampoco el Tribunal Supremo presta mayor atención a este aspecto en su Sentencia de 10 de enero de 2017<sup>96</sup>, tras la respuesta del TJUE en el asunto *Rendón Marín*. No va más allá de afirmar que los hijos del solicitante cumplen las exigencias del artículo 7.1.d) de la Directiva 2004/38 y no entra a pronunciarse sobre el tipo de autorización de residencia que en este supuesto correspondería; el recurso de casación versa sobre una denegación de una autorización

---

de menores españoles”, en A. SOLANES CORELLA, E. LA SPINA (Coord.), *Políticas migratorias, asilo y derechos humanos: un cruce de perspectivas entre la Unión Europea y España*, Valencia, Tirant lo Blanch, 2014, pp. 395-422. En este trabajo nos preguntábamos sobre las dificultades ante la necesidad de una prórroga para este tipo de autorizaciones y su manifiesta incompatibilidad con el art. 20 TFUE tras la doctrina *Ruiz Zambrano*, defendiendo que el requisito exigible para la concesión de la autorización; la condición de progenitor de un menor español, permanecía vivo en el momento extinción de la autorización de residencia por circunstancias excepcionales, no siendo posible acudir siempre a una modificación hacia una autorización de residencia y trabajo. A esta precisa cuestión atiende el TS en su sentencia de 27 de mayo de 2019, en la textualmente reconoce que los límites impuestos para este tipo de arraigo familiar son “un claro ejemplo de una norma oscura que dificulta una respuesta segura a la hora de su aplicación”, justificándose la disparidad de criterios manifestada por los distintos órganos de la jurisdicción contencioso-administrativa. Para el TJUE tras una lectura literal del art. 130 RD 557/2007, carece de sentido que “transcurrido el plazo del año de la autorización, permaneciendo inalterable la situación contemplada al tiempo de la autorización, pueda ser denegada la prórroga”, vulnerándose el derecho de la Unión, art. 20, aludiéndose también a la doctrina *Ruiz Zambrano*. STS 27 mayo 2019, 1678/2019, ECLI: ES:TS:2019:1678.

<sup>94</sup> J. SHAW; N. MILLER, M., FLETCHER, *Getting to grips with EU citizenship: Understanding the friction between UK immigration law and EU free movement law*. Edinburgh, Edinburgh Law School Citizenship Studies, 2013, pp. 22-23.

<sup>95</sup> Diferenciándose el derecho a estar (art. 20 TFUE) y el derecho a moverse (art. 21 TFUE) del ciudadano de la UE. N. SHUIBHNE, “Integrating Union Citizenship and the Charter of Fundamental Rights”, en D. THYM, ob. cit., pp. 216-234.

<sup>96</sup> STS 10 de enero 2017, 9/2017, ECLI: ES:TS:2017:9.

de residencia por circunstancias excepcionales y no sobre una denegación de una tarjeta de familiar de ciudadano de la Unión.

**61.** En su sentencia de 10 de enero de 2017 el Tribunal Supremo reconoce el derecho a una autorización de residencia por circunstancias excepcionales al Sr. Rendón Marín, al atender al interés superior del menor y valorar con los antecedentes penales del progenitor del menor español. Esta es también la postura adoptada por el Tribunal Superior de Justicia de Murcia de 29 de enero de 2018<sup>97</sup>, en el recurso de apelación contra la sentencia del Juzgado contencioso administrativo de Murcia que aceptó el recurso contencioso administrativo contra la resolución de autorización de residencia temporal por circunstancias excepcionales con motivo de arraigo familiar. En el caso nos encontramos con el padre extranjero, nacional de un tercer país, de una menor española. Al progenitor le constan antecedentes penales; fue condenado por delito de violencia doméstica y género, lesiones y maltrato familiar (2009); conducción bajo la influencia de bebidas alcohólicas, drogas tóxicas, estupefacientes o psicotrópicas (2014) y por quebrantamiento de condena y medidas cautelares (2015). Entiende el TSJ de Murcia que el progenitor de la menor española ya cumplió por las penas de violencia de género, habiendo transcurrido ya ocho años en la fecha que se solicita el permiso. El padre no estaba privado de la patria potestad ni constaban medidas respecto de la relación de éste con su hija, presumiéndose a tal efecto, que tal y como exige el art. 124.3 RD 557/2011, el padre desempeñaba sus obligaciones paterno filiales, alegándose no expresamente *Rendón Marín*, sino la jurisprudencia emanada por el TJUE a la luz de *Ruiz Zambrano*, de la que bebe, desde nuestra perspectiva y sin lugar a dudas, *Rendón Marín*.

**62.** También, entre otras, la STSJ de Cataluña de 29 de junio de 2018<sup>98</sup>, que resuelve el recurso de apelación interpuesto contra la sentencia de 14 de julio de 2016 del Juzgado de lo Contencioso administrativo nº 10 de Barcelona, que desestima el recurso contra la resolución de la Subdelegación del Gobierno por la cual se denegó la solicitud inicial de autorización por circunstancias excepcionales por arraigo familiar por ser los antecedentes penales un requisito ineludible exigido en la Ley de extranjería. El recurso de apelación se formula en base a que la Administración debió haber valorado las circunstancias personales y familiares. El interesado vive en España con su mujer y sus cuatro hijos uno de los cuales posee la nacionalidad española, invocándose el derecho a la vida familiar y el interés superior del menor. El TSCAT falla en favor del recurso amparándose en la doctrina *Ruiz Zambrano*, *Chávez Vilchez* y *Rendón Marín*. Entiende el Tribunal que la mera existencia de condenas penales no es por si sola un dato excluyente para la autorización, sino que debe valorarse en el conjunto de circunstancias como la situación familiar. Si bien es cierto que el actor fue condenado (en 2010) por un delito cuya gravedad y pena es indiscutible (condena por delito de tráfico de sustancias nocivas para la salud: 3 años de prisión y 3 años de inhabilitación para el sufragio pasivo), también lo es que ha acreditado convivir con su esposa y con cuatro hijos, todos ellos con permiso de residencia, resultando una de las hijas de nacionalidad española. Por lo que el Tribunal pondera, junto a la gravedad de este, si el actor está al cuidado efectivo de los menores, su edad, su desarrollo físico y emocional, la intensidad la relación afectiva con los progenitores y el riesgo en caso de separación.

**63.** Esta valoración, en función de las circunstancias del caso concreto, implica que no en todos los pronunciamientos se llegue a la misma solución. En este sentido contamos con la Sentencia del Tribunal Superior de Justicia de Cataluña, de 20 de marzo de 2018<sup>99</sup>, sobre el recurso de apelación contra la sentencia del Juzgado de lo Contencioso-administrativo nº1 de Tarragona, de 10 de noviembre de 2015, en relación a la denegación de una autorización de residencia por circunstancias excepcionales por motivo de arraigo familiar (art. 124.3 RD 557/2011). Los hechos del caso se circunscriben a la situación de un matrimonio de bolivianos con un hijo de nacionalidad española nacido en 2007. La familia convive en un domicilio de Tarragona. Consta el contrato del padre como empleado del hogar (desde enero de 2014) y de la madre como peón de la industria manufacturera (desde marzo de 2012). En 2009 el padre

<sup>97</sup> STTSJM 29 enero 2018, 125/2018, ECLI: ES: TSJMU: 2018:125.

<sup>98</sup> STTSJCAT 29 de junio 2018, ECLI: ES: TSJCAT:2018:11561.

<sup>99</sup> STTSJCAT 20 marzo 2018, ECLI: ES: TSJCAT:2018:6823.



fue detenido por estar involucrado en un delito contra la salud pública, dictándose sentencia condenatoria por ser cómplice de un delito contra la salud pública por tráfico de sustancias que causan grave daño a la salud, a la pena de dos años de prisión, que fue suspendida durante dos años. En octubre de 2013 se formula solicitud de autorización de residencia por arraigo familiar, denegada por la Subdelegación de Gobierno de Tarragona, debido a la emisión de un informe gubernativo desfavorable y la concurrencia de dichos antecedentes penales.

64. Se alega en el recurso la STJUE en el asunto *Rendón Marín*, por la cual el Derecho de la Unión se opone a una normativa nacional que exija como condición *sine qua non* para otorgar la residencia al progenitor de un menor ciudadano de la Unión el carecer de antecedentes penales. El TSJ Cataluña constata la gravedad del delito y advierte que, aunque el progenitor convive con su hijo que el niño depende de ambos progenitores, no se acredita que el padre atiende a sus necesidades, puesto que no se verifica un arraigo laboral ni los medios económicos de los que dispone a tal efecto.

65. Como puede observarse, de la doctrina *Rendón Marín* no se deriva que automáticamente los antecedentes penales no han de ser tenidos en cuenta para autorizar al progenitor a residir. Es más, el TJUE reconoce que sí existen límites al art. 20 TFUE y estos límites pueden ser un delito que atente contra la salud pública, ¿pero ¿qué ocurre con ponderación a realizar con el derecho a la vida familiar y el interés superior del niño? Es aquí donde aparece la crítica ¿Es suficiente constatar que no hay unos recursos económicos del padre cuando por el contrario está afirmando que el menor es dependiente del padre y que se convive?, ¿no pueden ser tomados en consideración los recursos aportados por la madre a la unidad familiar?, ¿se han tenido en cuenta la edad del menor y su situación como emana de la doctrina *Rendón Marín*?, ¿se ha valorado como exige la doctrina *Ruiz Zambrano* que no existe un riesgo a que el menor tenga que abandonar el territorio de la Unión? Igual que en *Ruiz Zambrano* ambos progenitores son nacionales de terceros estados, a diferencia de lo que sucede en *Dereci*, *Alokpa* y *Chávez Vilchez* y otros.

## 2. Una vuelta de tuerca más al Derecho de extranjería español

66. Situándonos de nuevo en los hechos que dieron lugar a la sentencia en el asunto *Lounes*, y con el ánimo de denunciar dónde nos sitúan en el contexto de la UE y en los derechos nacionales las políticas de discriminación inversa, planteamos ahora cuál hubiera sido la situación en España, para la viabilidad de la obtención de una tarjeta de residencia como familiar de ciudadano de la Unión, si la interesada hubiera trasladado su residencia a España como ciudadana británica y con posterioridad hubiera adquirido la nacionalidad española por residencia<sup>100</sup>.

67. En términos de residencia y a tenor de lo dispuesto en el art. 2 RD 240/2007 no hubiera existido un problema de exclusión del ámbito de aplicación de esta regulación nacional, debido a que, en España, al contrario de lo que ocurre en el Reino Unido, la reagrupación familiar de los propios nacionales no se somete a un régimen normativo distinto en función de si se ha ejercido o no la libre circulación, a pesar de que la exposición de motivos del RD 240/2007 mantiene el anuncio esta distinción. Y en consecuencia el sr. Lounes hubiera podido solicitar la tarjeta de familiar de ciudadano de la Unión, cuestión que tenía vetada en el Reino Unido.

68. Ello nos lleva de nuevo a preguntarnos si en el contexto de la UE sigue teniendo sentido que el trato de los propios nacionales en el régimen de reagrupación familiar sea tan distinto de un Estado miembro a otro a través de la justificación de que se trata de una cuestión interna cuando cada vez es más difícil sostener en la casuística que no existe ningún índice de conexión con el Derecho de la Unión por falta de ejercicio del derecho a la libre circulación y residencia. ¿Es esta una cuestión de asimetría o de equilibrio para garantizar la no intromisión en aquellas cuestiones que puedan resultar ser sin lugar a

<sup>100</sup> En este caso, según lo dispuesto en el art. 23 del Código Civil se le hubiera exigido la renuncia a la nacionalidad de origen y como española hubiera contraído matrimonio en España con un nacional de Argelia.

dudas puramente internas? Sea como fuere lo cierto es que el cerco a las cuestiones puramente internas a través de la casuística mediante el planteamiento de cuestiones prejudiciales coadyuva a delimitar cuando puede llegar a intervenir el Derecho de la Unión, proporcionándonos un marco de criterios, pero, que insistimos, se ciñen a las peculiaridades del caso concreto, posicionando al TJUE como un neo legislador y dificultando la capacidad de acción, reacción y adaptación en las medidas nacionales.

69. No obstante lo dicho, se precisa incidir en dos aspectos. Por un lado, que la normativa proporcione los mismos derechos de residencia para los familiares, con independencia de que el reagrupante sea o no un propio nacional, no implica indiscutiblemente que se elimine todo rastro de discriminación inversa en el proceso de obtención de los permisos de residencia<sup>101</sup>. A nuestro parecer, resulta incluso aún más complicado lidiar con situaciones de discriminación inversa indirectas. Y ello nos ocurre en el caso español. La normativa da derecho a autorizaciones de residencia como familiares de ciudadano de la Unión, pero atención, es preciso tener la condición de beneficiario. Por ejemplo, el cónyuge lo es, aunque el inconveniente es *acreditar dicha condición* (la cursiva es nuestra para enfatizar la posible traba a la obtención de la residencia por parte del cónyuge). Nos explicamos. En el caso *Lounes* llevado a España si el matrimonio se celebra ante autoridad española no existiría mayor problema, en principio, a efectos de residencia atendiendo a la situación de inclusión en el RD 240/2007 a los familiares de los nacionales españoles. Ahora bien, si el matrimonio se celebra ante una autoridad extranjera, la pareja tiene que enfrentarse a elementos extra de acreditación de vínculo que no se exigen a cualquier otro ciudadano de la Unión. Mientras que si la señora *Lounes* hubiera sido nacional de otro EM le hubiera bastado con la presentación del certificado de matrimonio con los requisitos de autenticidad y traducción oportunos<sup>102</sup>, como española se le exigiría que el matrimonio se encontrara inscrito en el Registro civil español<sup>103</sup>, iniciándose también todo un periplo de problemáticas en torno al control del consentimiento matrimonial<sup>104</sup> y a la competencia del Registro consular o del Registro Civil central, que puede poner impedimentos a la obtención de la autorización de residencia para el miembro de la pareja extracomunitario<sup>105</sup>.

70. Y, por otro lado, tampoco podemos afirmar categóricamente que el trato igualitario cuando se trata de propios nacionales es la panacea, porque es muy difícil sostener los aspectos que proporcionan un régimen que ofrece los mismos derechos de residencia para los familiares, sin tener en cuenta las peculiaridades que plantean las situaciones de los propios nacionales en el Estado miembro de origen<sup>106</sup>. Ello se evidencia perfectamente, de nuevo, en el caso español, en el que urge la regulación de un estatuto específico para la reagrupación de los familiares de españoles, que abandere esta situación de trato igualitario, pero atendiendo a las exigencias específicas de las personas que ostentan la nacionalidad española.

71. En este sentido, uno de los requisitos que los Estados miembros pueden exigir a los ciudadanos de la Unión para residir en el Estado miembro de acogida junto con sus familiares es acreditar recursos económicos para que no supongan una carga, precisamente, para el Estado miembro de acogida, de conformidad con el art. 7 Directiva 2004/38/CE. En España esta exigencia no fue recogida hasta 2012,

<sup>101</sup> P. JIMÉNEZ BLANCO, "Movilidad transfronteriza de personas, vida familiar y Derecho internacional privado", *REEI*, nº 35, 2018, pp. 5-7.

<sup>102</sup> En referencia a los documentos públicos en el trámite de la solicitud de la tarjeta de residencia como familiar de ciudadano de la Unión véase M. FONT I MAS, "Los procedimientos de validación de los documentos públicos en el derecho de extranjería: especial referencia a la apostilla electrónica", *Revista de Derecho migratorio y extranjería*, nº 31, 2012, pp. 224-229.

<sup>103</sup> V. ANZIL, J. ROCA, R. YZUSKY, "Amores en el Registro. Mecanismos institucionales de gestión del 'amor verdadero' en los matrimonios binacionales", *Scripta Nova*, vol. XX, nº 538, 2016, pp. 1-30.

<sup>104</sup> Cuestión en la que incide M. GUZMÁN ZAPATER, "Matrimonios celebrados en el extranjero e inscripción en el Registro Civil: práctica de la Dirección General de los Registros y del Notariado", *REDI*, Vol. 69, 2, 2017, pp. 95-96.

<sup>105</sup> D. MARÍN CONSARNAU, "El documento público extranjero en el procedimiento de extranjería y la "exigencia" de inscripción del matrimonio mixto celebrado ante autoridad extranjera", en M. FONT I MAS (Dir.), *El documento público extranjero en España y en la Unión Europea: Estudios sobre las características y efectos del documento público*, Barcelona, Bosch, 2014, pp. 333-357.

<sup>106</sup> Por ejemplo, poco preocupa en el Reino Unido que casi el 52 % de sus nacionales no puedan acreditar los requisitos económicos que se exige para la reagrupación familiar. E. GUILD, *BREXIT and its Consequences for UK and EU Citizenship or Monstrous Citizenship*, ob.cit., pp. 56-57.

mediante la reforma al RD 240/2007, de 16 de febrero, a través del el RDL 16/2012, de 20 de abril<sup>107</sup>. Si nos retrotraemos a ese momento, la cuestión que se suscitó entonces es si cuando el reagrupante fuera un nacional español se le exigiría que demostrara recursos económicos suficientes para que su familiar obtuviera la tarjeta de residencia. La administración entendió que sí y parte de la jurisprudencia menor entendió que no, al justificar que un ciudadano español no precisa obtener su residencia en España y que, por lo tanto, no es de recibo exigir dichos medios en al trámite de la autorización de residencia para los familiares. Así también fue puesto de relieve por distintas Recomendaciones del Defensor del Pueblo<sup>108</sup>.

72. Finalmente, el TS parece haber zanjado esta cuestión, pero a nuestro modesto entender, desde una posición absolutamente criticable. En su sentencia de 18 de julio de 2017<sup>109</sup>, apartándose de este último razonamiento propiciado por parte de la jurisprudencia menor, ha indicado que el art. 7 RD 240/2007 es aplicable para la obtención de la tarjeta de familiar de ciudadano de la Unión a los familiares extranjeros de españoles. En consecuencia, también serán exigibles los medios económicos suficientes al español para que su familiar pueda beneficiarse de una tarjeta de familiar de ciudadano de la Unión.

73. Y este es el precio a pagar por un sistema que irreflexivamente nos sitúa en el mantenimiento de igualdad de condiciones de cualquier otro ciudadano de la Unión que traslade su residencia a España. Irreflexivo, por cuanto, cuando al Derecho de extranjería sí le interesa nos apartamos de este régimen, como hemos evidenciado, sucede en el caso de la celebración del matrimonio ante una autoridad extranjera y la “exigencia” de su inscripción en el Registro Civil.

74. Pero, si la finalidad que se persigue en la Directiva 2004/38/CE es que el ciudadano de la UE no debe representar una carga para el EM de acogida ¿no es absurdo situarnos en la posición de que España es Estado miembro de acogida, a estos efectos, para su propio nacional? Ello evidencia que una cosa es querer equiparar la condición de beneficiarios para la obtención de los permisos de residencia a las familiares de nacionales españoles, pero otra cosa es fundamentar al extremo que dicho derecho de residencia deriva exclusivamente de la Directiva 2004/38/CE. ¿Qué ocurre entonces con el derecho a la vida familiar, art. 8 CEDH, o el principio de no discriminación, art. 14 CE? En atención a algunos de estos interrogantes sacamos a colación la sentencia del Juzgado contencioso administrativo nº 9 de Sevilla, de 21 de diciembre de 2017<sup>110</sup>. El caso versa sobre el hijo no comunitario de un ciudadano español que solicitó a la Subdelegación del Gobierno en Sevilla la tarjeta de residencia como familiar de ciudadano de la Unión, no pudiéndose acreditar que el padre disponía de medios suficientes para él y para su familia por no tener actividad laboral alguna. Tras, y a pesar, de la STS de 18 de julio de 2017 se reconoce el derecho de los ciudadanos españoles a la reagrupación familiar sus familiares extracomunitarios sin tener en cuenta la acreditación de recursos económicos suficientes: “el derecho a fundar una familia, el derecho a vivir en familia, es innegable que es un derecho que corresponde a todos los españoles que debe ser protegido por los poderes públicos, de tal modo que el establecimiento de requisitos para su ejercicio se debe realizar por una norma con rango de ley”, advirtiéndose que dicho extremo “no se cumple con la normativa española”, en consonancia con el art. 8.2 Convenio Europeo de Derechos Humanos, que requiere que las injerencias de las autoridades públicas en la vida privada y familiar estén previstas por una norma con rango de ley, cuestión que no sucede en la normativa española que regula el derecho a la reagrupación familiar de no comunitarios por ciudadanos españoles; únicamente prevista en una normativa reglamentaria; RD 240/207 y la Orden Ministerial y la Orden Ministerial PRE 1490/2012 de 9 de julio, por la que se dictan normas para la aplicación del artículo 7 del Real Decreto 240/2007, de 16 de febrero, sobre entrada, libre circulación y residencia en España de ciudadanos de los Estados miembros de la Unión Europea y de otros Estados parte en el Acuerdo sobre el Espacio Económico Europeo.

<sup>107</sup> Puede consultarse la versión consolidada en: <https://www.boe.es/buscar/act.php?id=BOE-A-2007-4184>.

<sup>108</sup> P. RODRÍGUEZ MATEOS; P. JIMÉNEZ BLANCO, A. ESPINIELLA MENÉNDEZ, *Régimen jurídico de los extranjeros y los ciudadanos de la UE*, Pamplona, Aranzadi, 2017, pp. 296-297.

<sup>109</sup> STS 18 julio 2017, 2966/2017, ECLI: ES: TS: 2017:2966.

<sup>110</sup> SJCA nº 9 de Sevilla 21 diciembre 2017, ECLI:ES: JCA: 2017:2048.

75. En consecuencia, a *sensu contrario* de lo que indica el TS en su Sentencia de 18 de julio de 2017, el juez entiende que no resultan aplicables los arts. 7 y 8 RD 240/2007 que exige dicha acreditación, y anula la resolución impugnada “por no ser ajustada a Derecho”, ordenándose a la administración conceder la autorización solicitada por el recurrente, advirtiéndose además, como hemos indicado al introducir esta problemática, que en el caso de familiares de españoles los preceptos del art. 7 y 8 no resultan de la transposición de la Directiva 2004/38/CE.

76. Ello no deja de ser un síntoma más de la patología que muestra nuestro Derecho de extranjería en el que urge una regulación reflexionada sobre la reagrupación familiar de los ciudadanos españoles.

77. Patología que de nuevo ha sido puesta en evidencia en la STS de 3 de junio de 2019<sup>111</sup>, en la que se responde a la cuestión que presenta interés casacional con el objetivo para la fijación de jurisprudencia, sobre la aplicación o no del artículo 7 del Real Decreto 240/2007, de 16 de febrero, a la reagrupación de familiares no comunitarios de ciudadanos españoles, entendiéndose en el fallo que sí se aplica. Y ello por cuanto el RD 240/2007 no se ocupa solamente de la transposición de la Directiva 2004/38/CE sino también, más a allá de la Directiva, de la reagrupación de los familiares de ciudadanos españoles residentes en España y que no han ejercido el derecho de libre circulación, a los que, tras el trato igualitario que propicia la STS de 1 de junio de 2010, les resulta de aplicación las condiciones exigibles en el art. 7 RD 240/2007.

78. Por tanto, esta nueva STS no recoge el argumento de nuestra crítica. Si bien es cierto, que el RD 240/2007 opta por esta regulación, tampoco ello es así por el imperativo de la STS de 1 de junio de 2010 como se afirma. En este sentido, no podemos dejar de apuntar que la anulación de los preceptos del originario RD 240/2007 por el TS respecto a este trato, tiene que ver con que la falta de compatibilidad del texto del originario RD 240/2007 que, en ciertos aspectos, pretendía un trato diferenciado para los familiares extracomunitarios de ciudadanos de la UE pero sin tener en cuenta que ello no era posible cuando el ciudadano español había ejercido su derecho a la libre circulación en otro Estado miembro y después retornaba a España, su país de origen, de acuerdo con la interpretación del TJUE respecto al manto protector del art. 21 TFUE y la aplicación analógica de la Directiva en estos supuestos. A nuestro entender, de haberse formulado efectivamente en el articulado tal distinción, anunciada en el preámbulo del texto, podía haberse seguido manteniendo las diferencias que pretendía el texto inicial del RD 240/2007. Pero no fue así e inexplicablemente la exposición de motivos mantiene el anuncio de esta diferencia.

## VI. Reflexión final

79. Las cuestiones prejudiciales planteadas por los órganos jurisdiccionales internos han permitido avanzar al TJUE en limitar las políticas nacionales que promueven la discriminación inversa sin atacarla directamente. En nuestra modesta opinión, pese al *brexiteo*, la estrategia seguida por el TJUE en el asunto *Lounes* representa un paso más, pero tampoco es el pulso final. Ello a nuestro entender, tras el entramado complejo en el que nos encontramos sobre la protección que brindan los art. 20 TFUE y 21 TFUE en los supuestos no comprendidos directamente dentro del ámbito de aplicación de la Directiva (CE) 2004/38/CE, queda en manos del legislador europeo, planteándonos si ha llegado el momento de una reforma del derecho derivado que obligue a los Estados miembros a regular de una manera armonizada la reagrupación familiar de los ciudadanos de la Unión en cualquier circunstancia o tomando en consideración la trilogía de situaciones en las que pueden encontrarse. Y ello por cuanto, gracias a la labor interpretativa del TJUE, los derechos de extranjería nacionales deben contemplar soluciones y vías compatibles con el Derecho de la Unión, más allá de la mera transposición de la Directiva (CE) 2004/38, pero que, hoy por hoy, nos llevan al diálogo sordo entre los criterios del TJUE y el Derecho de extranjería interno.

<sup>111</sup> STS 3 de junio 2019, ECLI: ES:TS:2019:1794.

**80.** Por el momento, la estrategia del TJUE permite, sin necesidad de atacar abiertamente este tipo de regulaciones, a través del art. 21 TFUE, el reconocimiento de derechos de residencia derivados y con un estándar que no puede ser resultar más exigente al previsto en la Directiva 2004/38/CE. El resultado es que cada Estado miembro debe cuestionar si sus políticas de discriminación inversa, como en el caso del Reino Unido e incluso para aquellas que resultan indirectas, como sucede en el caso español, resultan o no acordes con los estándares de amparo de los arts. 20 y 21 TFUE proporcionados por el TJUE, pero cuya dificultad estriba en instrumentar unos derechos de residencia que se va orquestando a base de las circunstancias del caso concreto, inclinando la balanza en favor o no de dicha protección, dificultándose una conciencia que invite a expulsar la discriminación inversa en la regulación del derecho a la reagrupación familiar.

**81.** Respecto al impacto del manto protector que brindan los arts. 20 y 21 TFUE, el caso español nos muestra como no puede sostenerse el régimen previsto en el RD 240/2007 sin denunciar y solucionar las cuestiones que indirectamente discriminan la reagrupación familiar de los familiares de nacionales españoles. Pero también es necesario eliminar la exigencia de los requisitos económicos cuando el reagrupante es un nacional español. Urge, por tanto, un régimen específico y compatible con el Derecho de la Unión para la reagrupación de los familiares de ciudadanos españoles. No basta con adaptarnos en un sinsentido a todo lo previsto en la Directiva (CE) 2004/38/CE, alegándose, como ha entendido el TS en su Sentencia de 3 de junio de 2019 que el estatuto que ahora se regula fue aprovechando el momento de la transposición de la Directiva 2004/38/CE.

**82.** También hay que reflexionar sobre el régimen del arraigo familiar. De mantenerse, debería matizarse la exigencia de la denegación automática de la autorización por circunstancias excepcionales en el caso de la existencia de antecedentes penales. En este sentido, es preciso incorporar la valoración, caso por caso, atendiendo a las circunstancias del interesado y del interés superior del menor. Esta sería la solución más inmediata. Sin embargo, no podemos dejar de señalar que el arraigo familiar tiene que repensarse. Así ha sido puesto de manifiesto en la STS de 27 de mayo de 2019 en cuanto a la posibilidad de la prórroga de dichas autorizaciones. El arraigo familiar, fue concebido para dar una salida a la residencia de los progenitores extranjeros de menores españoles a la luz de *Ruiz Zambrano*, pero ello no obsta para que el arraigo familiar sea la solución a otras situaciones. Por ejemplo, no ofrece la solución a los supuestos de menores ciudadanos de la Unión nacionales de otro Estado miembro que residan en España cuando tienen un progenitor extranjero y que desde *Zhu y Chen* reciben la protección del art. 21 TFUE. Una reformulación de esta figura nos llevaría a cuestionarnos si debiera ampliarse a los progenitores de cualquier ciudadano de la Unión o si ello debería contemplarse propiamente en el marco del RD 240/2007. En atención a esto último, no debemos obviar que si se mantuviera el 124.3 RD 557/2011 estaríamos ante un régimen de discriminación inversa respecto a los menores españoles y sus progenitores. En este caso, la regulación del Reino Unido es mucho más clara, puesto que incluye, aunque con sus límites, la residencia de los progenitores en el régimen UE de libre circulación.

RECOGNITION IN ITALY OF FILIATION ESTABLISHED  
ABROAD BY SURROGATE MOTHERHOOD, BETWEEN  
TRANSNATIONAL CONTINUITY OF PERSONAL *STATUS*  
AND PUBLIC POLICY\*

IL RICONOSCIMENTO IN ITALIA DEL RAPPORTO  
DI FILIAZIONE COSTITUITO ALL'ESTERO TRAMITE  
MATERNITA' SURROGATA, TRA CONTINUITA' DELLO  
STATUS E ORDINE PUBBLICO

FABRIZIO MARONGIU BUONAIUTI

*Professor of International Law*

*University of Macerata*

orcid ID: 0000-0002-4188-8099

Recibido: 26.06.2019 / Aceptado: 22.07.2019

DOI: <https://doi.org/10.20318/cdt.2019.4959>

**Abstract:** A recent judgment by the *Sezioni Unite* of the Italian *Corte di cassazione* has ruled on a highly sensible and controversial issue, concerning the compatibility with the Italian public policy of a foreign court order, establishing a bond of filiation between a child born by surrogacy and the intended father, materially the same sex spouse of the biological father, despite the absence of any genetical link. The *Sezioni Unite* declared that such a court order could not be recognized, as incompatible with the Italian public policy. In so deciding, they appeared to have taken a step back as compared to an earlier judgment delivered by the first civil chamber of the same *Corte di cassazione* in 2016, where a more favourable attitude had prevailed. As compared to the said earlier judgment, the *Sezioni Unite*, besides distinguishing the circumstances occurring in the two cases, provided a more flexible reading of the public policy exception in private international law, partly overruling the narrower reading provided in the earlier judgment, which had limited its scope to those principles concerning the protection of fundamental rights enshrined in international and European instruments, as well as in the Italian Constitution. In the conclusions it reaches, the judgment by the *Sezioni Unite* reveals a substantial alignment with the solution envisaged by the European Court of Human Rights in its Advisory Opinion of 10 April 2019, contemplating adoption by the intended, non-biological parent, as the avenue by which the right of the child to his private life with that parent might be enforced.

**Keywords:** *Status filiationis*, surrogate motherhood, public policy, recognition of personal and family status, Art. 8 ECHR.

**Riassunto:** Una recente sentenza delle Sezioni Unite della Corte di cassazione ha affrontato una questione molto delicata e controversa, costituita dalla riconoscibilità in Italia di un provvedimento

---

\* This article draws from a paper presented by the author at the V Congreso internacional de derecho internacional privado de la Universidad Carlos III de Madrid, Gestación subrogada, held in Madrid on 25-26 April 2019. The author is grateful to the organizers of the conference for their kind invitation and hospitality, as well as to the other participants for their contribution to a highly stimulating discussion. A parallel work by the same author is going to be published in Italian, with adaptations, in *Liber amicorum* Angelo Davì (Napoli, Editoriale scientifica, 2019).

giurisdizionale straniero costitutivo di un rapporto di filiazione tra un minore e il padre di intenzione – materialmente il coniuge dello stesso sesso del padre biologico – in assenza di alcun legame genetico. Nell’affermare che un tale provvedimento non può essere riconosciuto in quanto in contrasto con l’ordine pubblico, le Sezioni Unite sono parse compiere un passo indietro rispetto a una precedente pronuncia della I sezione civile della stessa Cassazione del 2016, nella quale aveva prevalso un approccio di maggiore apertura. Rispetto a tale precedente pronuncia, le Sezioni Unite, oltre a sottolineare le differenze tra le fattispecie che si presentavano nei due casi, hanno adottato una definizione maggiormente flessibile del limite dell’ordine pubblico nel diritto internazionale privato, del quale la precedente decisione della sezione semplice aveva dato una lettura eccessivamente restrittiva, limitandone la portata a quei soli principi internazionalmente condivisi in materia di tutela dei diritti fondamentali e a quegli ulteriori principi che trovano affermazione nella Costituzione italiana. Nelle conclusioni raggiunte, la pronuncia delle Sezioni Unite rivela un sostanziale allineamento con la posizione assunta dalla Corte europea dei diritti dell’uomo nel suo parere consultivo del 10 aprile 2019, facendo riferimento all’adozione del minore da parte del genitore d’intenzione privo di legami biologici, come la via attraverso la quale il diritto del minore alla sua vita privata con tale genitore può ricevere tutela.

**Parole chiave:** rapporto di filiazione, maternità surrogata, ordine pubblico, riconoscimento degli status personali e familiari, Art. 8 CEDU.

**Summary:** I. The recent judgment by the *Sezioni Unite* of the Italian Court of Cassation No. 12193/19 on the subject and the relevant legal framework under Italian law. II. The recognition of filiation established abroad by surrogate motherhood: the overcoming of the earlier favourable stance held by the *Prima Sezione civile* of the same court and the relevance of the biological links between the child and the intended parents. III. The pursuit of transnational continuity of *status filii* by the recognition of a foreign decision, or the registration in the civil status records of a birth certificate issued abroad, namely in a country allowing recourse to surrogate motherhood. IV. The ban on surrogate motherhood under Italian law No. 40/2004 and its impact on its compatibility with the Italian public policy: the uncertainties in the Italian case law and the clarification brought about by the *Sezioni Unite* of the Court of Cassation. V. Parallel developments in the case law of the European Court of Human Rights and its recent Advisory Opinion of 10 April 2019, issued pursuant to Protocol No. 16 to the ECHR. VI. Concluding remarks.

## I. The recent judgment by the *Sezioni Unite* of the Italian Court of Cassation No. 12193/19 on the subject and the relevant legal framework under Italian law

1. A recent judgment by the *Sezioni unite civili* of the Italian court of cassation, filed on 8 May 2019, No. 12193<sup>(1)</sup>, provided a long-awaited clarification on a highly debated legal issue, capable of raising sensible ethical concerns, consisting of the recognition in Italy of a foreign court decision identifying a child, born by surrogate motherhood, as the son of the same-sex partner of his biological parent.

2. The question forming the subject of the said judgment is particularly controversial, since, on the one side, Italian law does not allow recourse to surrogate motherhood, admitting, as the law currently stands, only a recourse to medically assisted procreation techniques by couples of adults of different gender, married or cohabitating, and of potentially fertile age<sup>(2)</sup>. On the other side, the Italian legislator,

<sup>1</sup> *Corte di cassazione (sezioni unite civili)*, 6 November 2018, filed 8 May 2019, No. 12193, *Procuratore generale presso la Corte d’appello di Trento, Ministero dell’Interno e Sindaco di Trento*.

<sup>2</sup> Law of 19 February 2004, No. 40, *Norme in materia di procreazione medicalmente assistita*, *Gazzetta Ufficiale*, 24 February 2004, No. 45, Art. 5. See, confirming the constitutionality of the requirements posed by the said law, *Corte costituzionale*, 9 April – 10 June 2014, No. 162, para. 6 of the grounds for judgment in point of law. See, recently, A. DI BLASE, “Riconoscimento della filiazione da procreazione medicalmente assistita: problemi di diritto internazionale privato”, *Rivista di diritto internazionale privato e processuale*, 2018, p. 839 ff., p. 855 f.

upon adopting, by Law No. 76/2016, the long-awaited legislation concerning registered partnerships open to same-sex couples, though contemplating in respect of such partnerships a legal regime largely comparable to that applying to married heterosexual couples, excludes any extension to the parties to a registered partnership of the rules concerning filiation and adoption, as applicable to spouses. As particularly concerns adoption, the said law of 2016, in fact, limits itself to leave the existing rules unaffected<sup>(3)</sup>. Accordingly, the Italian Parliament substantially left the way open to the avenue paved by the Italian courts in upholding an interpretation of the s. c. adoption in special cases, contemplated under Article 44 of Italian law No. 184/1983<sup>(4)</sup>, whereby a single might apply for the said form of adoption in respect of the child of his or her partner, even though this would not formally amount to a stepchild adoption properly intended<sup>(5)</sup>.

## II. The recognition of filiation established abroad by surrogate motherhood: the overcoming of the earlier favourable stance held by the *Prima Sezione civile* of the same court and the relevance of the biological links between the child and the intended parents

3. The judgment delivered by the *Sezioni Unite* of the Italian Court of Cassation, in fact, excluded the recognition in Italy of a foreign court decision establishing filiation between a child and the same-sex spouse of his father, in a situation where the child was born through a surrogacy arrangement. As a consequence of that arrangement, no biological link whatsoever existed with the intended father, who, in the decision at stake, was identified as the second father of the child alongside the biological father. In so deciding, the *Sezioni Unite* appeared to have taken a step back as compared to the apparently more favourable stance held in an earlier judgment by the *prima sezione civile* of the same Court of cassation in 2016<sup>(6)</sup>. In the said earlier judgment, the first civil chamber of the Court of Cassation had affirmed the compatibility with Italian public policy of the registration in the Italian civil *status* records of a certificate of birth issued abroad, concerning a child who in such a certificate was identified as the son of two mothers. As noted by the *Sezioni Unite* in the more recent judgment under consideration, the case forming the subject of the said earlier decision, even though raising some common fundamental issues, presented some material differences as compared to the circumstances of the case coming for consideration in the more recent case. In the said earlier case, in fact, the child possessed biological links to both of the women identified in the foreign birth certificate as his mothers, with the one who provided the egg by which he was coinceived, and with the other who gave birth to him. It should be noted, incidentally, that such a peculiar constellation appears materially possible in those cases where two women claim to be recognized as mothers of the child, but clearly not in the opposite case, where two men wish to be recognized as fathers. The peculiar circumstances of the said earlier case had brought the first civil chamber of the Court of Cassation to hold that the case before it did not amount to a case of surrogate motherhood properly

<sup>3</sup> Law of 20 May 2016, No. 76, *Regolamentazione delle unioni civili tra persone dello stesso sesso e disciplina delle convivenze*, *Gazzetta Ufficiale*, 21 May 2016, No. 118, Art. 1, para. 20, last sentence: “*resta fermo quanto previsto e consentito in materia di adozione dalle leggi vigenti*”.

<sup>4</sup> Law of 4 May 1983, No. 184, *Diritto del minore a una famiglia*, *Gazzetta Ufficiale*, 17 May 1983, No. 133, Art. 44, para. 1, lit. d), concerning cases where the placing of the child under pre-adoption foster care proves impossible.

<sup>5</sup> See Corte costituzionale, 30 September – 7 October 1999, No. 383; 29 July 2005, No. 347 (order), and, from among an extensive case law of civil courts, Tribunale per i minorenni di Bologna, 17 April 2013, Procedure No. 186/2011 A; Tribunale per i minorenni di Roma, 30 July 2014, Procedure No. 429/14 V.G.; 22 September 2015, No. 4580; Corte d’appello di Roma, 20 October 2015, filed on 23 dicembre 2015, available at [www.articolo29.it](http://www.articolo29.it); see also F. MARONGIU BUONAIUTI, “Il riconoscimento delle adozioni da parte di coppie di persone dello stesso sesso al vaglio della Corte costituzionale”, *Ordine internazionale e diritti umani*, 2014, p. 1135 ff., p. 1140; Id., “Il riconoscimento delle adozioni da parte di coppie di persone dello stesso sesso: la Corte costituzionale “risponde” al Tribunale per i minorenni di Bologna”, *Ibid.*, 2016, p. 453 ff., p. 458 f., 462 f.

<sup>6</sup> *Corte di cassazione (sezione I civile)*, 21 June 2016, filed on 30 September 2016, No. 19599, *Procuratore generale della Repubblica presso la Corte d’appello di Torino*. See, for critical comments, O. FERACI, “Ordine pubblico e riconoscimento in Italia dello status di figlio “nato da due madri” all’estero: considerazioni critiche sulla sentenza della Corte di cassazione n. 19599/2016”, *Rivista di diritto internazionale*, 2017, p. 169 ff., p. 171 ff.; F. MARONGIU BUONAIUTI, “Il riconoscimento delle filiazione derivante da maternità surrogata – ovvero fecondazione eterologa sui generis – e la riscrittura del limite dell’ordine pubblico da parte della Corte di cassazione, o del diritto del minore ad avere due madri (e nessun padre)”, in *Dialoghi con Ugo Villani*, Bari, Cacucci Editore, 2017, p. 1141 ff., p. 1145 ff.



intended, which would have been expressly forbidden pursuant to the above-mentioned law No. 40/2004, but, rather, to a *sui generis* case of heterologous insemination<sup>(7)</sup>. This was so since, differently from cases of surrogate motherhood properly intended, in that case there was no involvement of a woman who donated her eggs or accepted to bear the child waiving her rights as mother of the child, something which, instead, happened in the more recent case before the *Sezioni Unite*<sup>(8)</sup>.

### III. The pursuit of transnational continuity of *status filii* by the recognition of a foreign decision, or the registration in the civil *status* records of a birth certificate issued abroad, namely in a country allowing recourse to surrogate motherhood

4. Notwithstanding the said differences between the two cases, both judgments under consideration addressed a common fundamental issue: the opportunity of granting or not granting transnational continuity to a personal *status*<sup>(9)</sup>, namely filiation, acquired abroad in conformity with the local laws and regulations, in cases where such a *status* could not have been established in Italy. Namely, a fundamental obstacle to the possibility of establishing filiation in Italy in the circumstances of either case appeared to be posed, in the one case, by the express ban on operations of surrogate motherhood posed by law No. 40/2004<sup>(10)</sup>, and, in the other, by the narrow limits within which the same law allows a recourse to heterologous insemination, as well as by the fundamental rule contained in the Italian civil code whereby only the woman who gave birth to the child can be held as his mother<sup>(11)</sup>.

5. From a private international law perspective, the issue of transnational continuity of the bond of filiation established abroad came for consideration in different terms in the two cases. In fact, in the case having come before the *Sezioni Unite* of the Court of Cassation, a decision had been delivered by a Canadian court, identifying the father of intention as second father of the child, alongside the biological father, who had been identified as the father of the child in an earlier court decision. The latter decision, giving effect to the surrogate motherhood arrangement, had declared that the woman who gave birth to him was not to be considered as the mother of the child. The issue was accordingly to be framed in terms of recognition of a foreign court decision, pursuant to the general rule under article 64 of the Italian law No. 218/1995, bearing the reform of the Italian system of private international law<sup>(12)</sup>. In the specific circumstances of the case at hand, in fact, it appears doubtful whether the requirements posed by the special rule under Article 65 of the same law, concerning the recognition of foreign court decisions in matters of personal and family *status*, could be met. The latter rule requires, in fact, that the decision has been delivered, or produces effects, in the country whose law applies pursuant to the conflict of laws rules contained in the Italian statute on private international law (Law of 31 May 1995, No. 218)<sup>(13)</sup>.

<sup>7</sup> *Corte di cassazione*, 21 June 2016, No. 19599 (fn 6), para. 10 of the grounds for judgment. See, in this respect, O. FERACI (fn 6), p. 179 ff.; F. MARONGIU BUONAIUTI (fn 6), p. 1144 f.

<sup>8</sup> As noted, pointing to the differences between the two cases, by *Corte di cassazione (sezioni unite civili)*, 6 November 2018, No. 12193 (fn 1), para. 13 of the grounds for judgment. See also, as concerns the impact on the legal framing of such cases of the technical means resorted to in performing this kind of operations, M. GERVASI, "The European Court of Human Rights and Technological Development: The Issue of the Continuity of the Family Status Established Abroad Through Recourse to Surrogate Motherhood", *Diritti umani e diritto internazionale*, 2018, p. 213 ff., p. 216 ff.

<sup>9</sup> We may refer, for an overview of the problems inherent in the transnational continuity of personal and family *status* acquired abroad, to which we shall return more extensively *infra*, section 5, to F. MARONGIU BUONAIUTI, "La continuità internazionale delle situazioni giuridiche e la tutela dei diritti umani di natura sostanziale: strumenti e limiti", *Diritti umani e diritto internazionale*, 2016, p. 49 ff., as well as, lastly, to A. DAVI, "Il riconoscimento delle situazioni giuridiche costituite all'estero nella prospettiva di una riforma del sistema italiano di diritto internazionale privato", *Rivista di diritto internazionale*, 2019, p. 319 ff.

<sup>10</sup> Law of 19 February 2004, No. 40, *Norme in materia di procreazione medicalmente assistita*, Art. 12, para. 2.

<sup>11</sup> Art. 269, para. 3, Italian Civil Code.

<sup>12</sup> See further, concerning the differences in the terms in which the issue of the transnational continuity of personal and family status is likely to arise depending on whether the status at hand had been acquired abroad by court decision rather than by other sorts of acts, such as certificates issued by the holders of civil *status* records, A. DAVI (fn 9), p. 322 ff.

<sup>13</sup> See, concerning the complementarity of the special rule under Article 65 of law No. 218/1995 in respect of the general rule under Article 64 of the same law, *Corte di cassazione (sezione I civile)*, 28 May 2004, No. 10378, noted by P. PICONE,

6. In fact, in the circumstances of the case before the *Sezioni Unite* of the Court of Cassation, the children, born as a result of surrogate motherhood, were at the same time Italian and Canadian nationals, and in such cases Italian rules of conflict of laws grant prevalence to Italian law<sup>(14)</sup>. The Court of Cassation did not venture to examine the further question of whether Article 65 of the said law could apply pursuant to the alternative reference made by Article 33 of the same law to the national law of either parent, in case such a law proved more favourable to the establishment of filiation. The Court also refrained from considering whether the rule under Article 66 of the same law, concerning the recognition of foreign court orders in matters of non-contentious jurisdiction could apply in the instant case. The latter rule, in fact, contemplates, as an alternative to the conflict-of-laws criterion adopted under Article 65, the traditional indirect jurisdiction rule contained under Article 64 of the law, whereby recognition is subject to the condition that the originating court exercised jurisdiction based on grounds comparable to those contemplated in the *forum*<sup>(15)</sup>. Actually, in the case before the *Sezioni Unite* of the Court of Cassation, the recognition of the Canadian court decision was not disputed on grounds related to the jurisdiction of the originating court nor to the existence of a genuine connection between the case and the Canadian legal system, but on account of its assumed incompatibility with the Italian public policy, the latter being a ground for refusal of recognition of a foreign court decision common to the three rules under Articles 64, 65 ad 66 of the Italian statute on private international law<sup>(16)</sup>.

7. In the case decided by the first civil chamber of the Court of Cassation in 2016, instead, no court decision came for consideration. In that case, the bond of filiation between the child and the two women claiming to be recognized for the purposes of the Italian civil *status* records as his mothers resulted from a certificate of birth delivered by a Spanish official in accordance with the rules of Spanish law. The Court of Appeal of Turin, whose decision had been appealed before the Court of Cassation, held Spanish law as applicable to the establishment of filiation in the circumstances of the case, since, whereas the two supposed mothers were Italian and Spanish nationals respectively, the child was born by the Spanish woman and was, accordingly, to be considered as a Spanish national himself. At the same time, since, pursuant to Spanish law, applicable pursuant to Article 33 of the Italian law No. 218/1995 mentioned above, the child was to be considered as the son of both women, he possessed Italian nationality as well, something which justified the registration of the Spanish birth certificate in the Italian civil status records<sup>(17)</sup>.

8. In this respect, it appears worth noting that Article 68 of the Italian statute on private international law, Law of 31 May 1995, No. 218, extends to deeds received by foreign public officials the same procedural regime concerning recognition and enforcement contemplated under Article 67 of the same statute in respect of foreign judgments. Nonetheless, the said rule is generally understood as referring to instruments of a private law nature like contracts, in the same sense as meant under Article

---

“Sulla complementarità tra gli art. 64 e 65 l. n. 218/95 di riforma del diritto internazionale privato, ai fini del riconoscimento in Italia di sentenze straniere”, *Int'l Lis*, 2005, p. 124 ff.; accordingly, holding that for the purposes of recognition under Article 65 the general requirements for recognition of foreign judgments as contemplated under Article 64 would also apply, *Id.*, “Sentenze straniere e norme italiane di conflitto”, *Rivista di diritto internazionale*, 1997, p. 913 ff., p. 921 ff.; R. BARATTA, *Scioglimento e invalidità del matrimonio nel diritto internazionale privato*, Milano, Giuffrè Editore, 2004, p. 106 ff.; A. DAVI, “La Rivista e gli studi di diritto internazionale privato in Italia nel dopoguerra”, *Rivista di diritto internazionale*, 2007, p. 49, note 87; conversely, arguing, rather unpersuasively, that those further requirements would not apply, S. BARIATTI, “Riflessioni sul riconoscimento delle sentenze civili e dei provvedimenti stranieri nel nuovo *ius commune* italiano”, in *Collisio legum. Studi di diritto internazionale privato per Gerardo Broggin*, Milano, Giuffrè Editore, 1997, p. 29 ff., p. 43 ff.

<sup>14</sup> See Art. 19, para. 2, law of 31 May 1995, No. 218. The judgment by the *Corte di cassazione (sezioni unite civili)*, 6 November 2018, No. 12193 (fn 1), para. 1 of the grounds for judgment, while recalling Art. 65 of the same law, does not discuss the existence of the requirements for the application of that rule, since the point did not form the subject of the appeal before the court.

<sup>15</sup> See, generally, on the recognition of foreign court orders in matters of non-contentious jurisdiction pursuant to Art. 66 of law No. 218/1995, P. PICONE, “Sentenze straniere ...” (fn 13), p. 921 ff.; R. BARATTA (fn 13), p. 106 ff.; F. MARONGIU BUONAIUTI (fn 9), p. 57 ff.

<sup>16</sup> See *infra*, section 4.

<sup>17</sup> See *Corte di cassazione (sezione I civile)*, 21 June 2016, filed 30 September 2016, No. 19599/16 (fn 6), point 4 of the grounds concerning the facts of the case. In this respect, F. MARONGIU BUONAIUTI (fn 6), p. 1141 f.

2699 of the Italian Civil Code, and does not appear likely to apply to the different case of acts formed by a foreign civil *status* official, having as their purpose to establish or certify the acquisition of personal or family *status* <sup>(18)</sup>. The latter type of acts are subject to the rules set out under D.P.R. 3 November 2000, No. 396, governing the keeping of the Italian civil *status* records. These rules, presupposing the automatic recognition of such acts, provide for the circumstances in which they may be directly registered in the Italian civil *status* records, contemplating a different regime in respect of acts concerning the civil *status* of Italian nationals and of foreign nationals residents of Italy, subjecting in either case the registration of the said acts to the condition of their compatibility with the Italian public policy. The compliance with this condition shall be assessed directly by the civil *status* official requested to register the foreign act <sup>(19)</sup>. This has a bearing also as concerns the procedural regime applicable in case of disputes concerning the registration of a foreign act in the Italian civil *status* records, which presupposes the lodging of an application with the civil court competent at first instance in respect of the district where the civil *status* office having refused the registration is located. Whereas, as concerns disputes related to the recognition and registration in the Italian civil *status* records of a foreign judgment or judicial order, reference shall be made to the procedure contemplated under Article 67 of the Italian statute on private international law, which presupposes an application to the appellate court territorially competent. The said difference finds an explanation in consideration of the absence, in the former case, of a judicial decision by the courts of the foreign country where the personal or family *status* at stake has been established <sup>(20)</sup>.

#### **IV. The ban on surrogate motherhood under Italian law No. 40/2004 and its impact on its compatibility with the Italian public policy: the uncertainties in the Italian case law and the clarification brought about by the *Sezioni Unite* of the Court of Cassation**

9. Notwithstanding the said differences between those cases where the personal or family *status* to be recognized has been established abroad by means of a judicial decision rather than a certification issued by a civil *status* official, both sorts of cases are likely to raise similar problems of compatibility with the public policy of the country where recognition is sought. In this regard, it might be considered as sufficiently plain that a mere diversity of legislative solutions concerning a given issue might not, of itself, pose a problem of compatibility with public policy. In fact, should such an extensive interpretation of public policy be accepted, private international law rules would be deprived of their very purpose, consisting of achieving coordination between different legal systems, in order to ease the cross-border life of persons. At the same time, it appears equally unreasonable to presuppose an unconditionate opening of the national legal order to a coordination with foreign legal systems, in such terms as to admit without limitations the application of foreign law or, as in the cases under consideration in this paper, the recognition of foreign judicial decisions or the registration of acts formed by foreign officials in the domestic records of civil *status*, waiving any possibility to control their compatibility with the fundamental principles of the *forum*.

10. In this respect, the reductive reading of public policy given by the judgment by the first civil chamber of the *Corte di cassazione* recalled above appears questionable. In the said judgment, the

<sup>18</sup> See S. BARIATTI, "Articolo 68", in F. POCAR (ed.), *Commentario del nuovo diritto internazionale privato*, Padova, CEDAM, 1996, p. 348 s.; A. MARESCA, "Art. 68", in S. BARIATTI (ed.), *Legge 31 maggio 1995, n. 218, Riforma del sistema italiano di diritto internazionale privato, Commentario, Le nuove leggi civili commentate*, 1996, p. 1485. See in this sense also the explanatory report on the bill of law providing for the reform of the Italian system of private international law, No. 1192, sub Art. 68, repr. in G. GAJA (ed.), *La riforma del diritto internazionale privato e processuale, Raccolta in ricordo di Edoardo Vitta*, Milano, Giuffrè Editore, 1994, p. 445.

<sup>19</sup> D.P.R. 3 November 2000, No. 396, *Regolamento per la revisione e semplificazione dell'ordinamento dello stato civile, a norma dell'art. 2, comma 12, della legge 15 maggio 1997, n. 127, Gazzetta ufficiale*, 30 December 2000, No. 303 (suppl. ord.), Art. 18. See, concerning the legal framework preceding the reform introduced by D.P.R. No. 396/2000, R. CAFARI PANICO, *Lo stato civile ed il diritto internazionale privato*, Padova, CEDAM, 1992, p. 20 ff.; with regard to the current rules, F. MARONGIU BUONAIUTI (fn 9), p. 60 ff.

<sup>20</sup> See in this respect *Corte di cassazione (sezioni unite civili)*, 6 November 2018, filed on 8 May 2019, No. 12193 (fn 1), para. 6 of the grounds for judgment.

Italian supreme court held that the material content of public policy should be limited to the fundamental principles concerning the protection of fundamental rights, as enshrined in the relevant international conventions and declarations, or, to say the least, in the Italian Constitution, thereby excluding any relevance, in defining the material content of the country's public policy, for principles enshrined in domestic legislation, unless embodying solutions dictated by the Constitution itself<sup>(21)</sup>. Such a restrictive reading does not appear to reflect adequately the function of public policy in the field of private international law, as a tool aiming to preserve the internal harmony of the domestic legal order, facing the impact of foreign legal values irreconcilable with its inspiring principles<sup>(22)</sup>.

11. The said restrictive reading of public policy, as adopted by the *Corte di cassazione* in the judgment by its first civil chamber recalled above, seems to reflect an assumption that made its way in the Italian literature on private international law, tending to envisage the existence, alongside the traditional notion of public policy in private international law as a tool intended to preserve the internal harmony of the domestic legal order – frequently styled as “international” public policy in order to distinguish it from a purely domestic notion of public policy as a mere limit to party autonomy<sup>(23)</sup> – of a parallel notion. Such a parallel notion of “international” public policy tended to identify as a justification for a limitation to the opening of the domestic legal order to foreign legal values not the preservation of the fundamental legal principles inspiring the legal system of the *forum* in the relevant historical context, but the compliance with legal principles and values internationally shared and perceived as imperative<sup>(24)</sup>.

12. The difference between the said two different conceptions of “international” public policy could not be more radical, considering that the former is to be construed having regard to legal principles which are distinctive of the domestic legal system concerned. These principles might find expression not only in constitutional provisions, but also in domestic legislation reflecting the fundamental standpoint of the legal system of the *forum* in that given historical context and in respect of the specific area of the law coming for consideration<sup>(25)</sup>. This notion of public policy in private international law is clearly functional to the pursuit of the said objective of preserving the internal harmony of the national legal order, presupposing at the same time its autonomy and, at least up to a certain extent, diversity from foreign legal systems. Instead, the latter notion of public policy in private international law, which might be styled, in order to keep it more clearly distinct from the former, as “truly international” public policy<sup>(26)</sup>, appears, on the one side, as more limited in scope, since, as consisting of principles internationally

<sup>21</sup> *Corte di cassazione (sezione I civile)*, 21 June 2016, filed 30 September 2016, No. 19599, (fn 6). See, for critical remarks on the restrictive reading of the notion of public policy given by the court in that judgment, O. FERACI (fn 6), p. 171 ff.; F. MARONGIU BUONAIUTI (fn 6), p. 1142 ff.; see instead, for more favourable views, based on the prevalence of the best interest of the child, favoured by a restrictive interpretation of public policy as a limitation to the transnational continuity of personal or family *status* acquired abroad, S. TONOLO, “L’evoluzione dei rapporti di filiazione e la riconoscibilità dello *status* da essi derivante tra ordine pubblico e superiore interesse del minore”, *Rivista di diritto internazionale*, 2017, p. 1070 ff., p. 1090 f.; F. SALERNO, “La costituzionalizzazione dell’ordine pubblico internazionale”, *Rivista di diritto internazionale privato e processuale*, 2018, p. 259 ss., p. 277 ff.; A. DI BLASE (fn 2), p. 853 ff.

<sup>22</sup> See generally, concerning the function of public policy in private international law, from among the extensive Italian literature on the subject, G. BADIALI, *Ordine pubblico e diritto straniero*, Milano, Giuffrè Editore, 1963, p. 4 ff.; L. CONDORELLI, *La funzione del riconoscimento di sentenze straniere*, Milano, Giuffrè Editore, 1967, p. 176 f., 219 ff.; G. BARILE, *I principi fondamentali della comunità statale e il coordinamento tra sistemi (L’ordine pubblico internazionale)*, Padova, CEDAM, 1969, p. 53 ff., 77 ff.; more recently, G. CONTALDI, “Ordine pubblico”, in R. BARATTA (ed.), *Diritto internazionale privato, Dizionari del diritto privato promossi da Natalino Irti*, Milano, Giuffrè Editore, 2010, p. 273 ff.; lastly, G. PERLINGIERI, G. ZARRA, *Ordine pubblico interno e internazionale tra caso concreto e sistema ordinamentale*, Napoli, Edizioni Scientifiche Italiane, 2019, p. 48 ff.

<sup>23</sup> See, with regard to this notion of “international” public policy, among others, G. BADIALI (fn 22), p. 4 ff.; N. PALAIA, *L’ordine pubblico “internazionale”*, Padova, CEDAM, 1974, p. 14 ff., the latter criticizing the traditional distinction of the said notion from that of purely domestic public policy.

<sup>24</sup> See, with regard to the said different notion, G. BARILE (fn 22), p. 19 ff.; P. BENVENUTI, *Comunità statale, comunità internazionale e ordine pubblico internazionale*, Milano, Giuffrè Editore, 1977, p. 2 ff.

<sup>25</sup> See, instead, for an overcoming of the said traditional notion of “international” public policy in favour of a “truly international” notion of public policy, essentially based on internationally shared principles, *Corte di cassazione (sezione I civile)*, 21 June 2016, filed 30 September 2016, No. 19599 (fn 6), para. 7 of the grounds for judgment. See in this respect O. FERACI (fn 6), p. 172 f.

<sup>26</sup> See, e. g., G. CONTALDI (fn 22), p. 275, styling it as “veramente internazionale”.

held as imperative, it is hardly likely to extend beyond those principles concerning the fundamental rights of the human being in respect of which a sufficiently widespread perception might be found as concerns their imperative nature<sup>(27)</sup>. On the other side, the said “truly international” notion of public policy appears to pursue a function that does not fall in line with the traditional function of public policy in private international law, that is, as noted, with the preservation of the internal harmony of the legal system of the *forum*, appearing instead aimed to the protection of internationally shared legal values. Ultimately, whereas the traditional notion of public policy in the field of private international law presupposes the plurality and, at least up to a certain extent, diversity of national legal systems, the latter notion tends to reduce the margin left for the autonomy of national legal systems, presupposing their sharing of common values and not giving particular weight to features peculiar of each national legal system, insofar as they do not reflect the said internationally shared legal principles<sup>(28)</sup>.

**13.** As opposed to the said perspective, which tends to drive excessively the existing legal framework towards a supposed and not necessarily desirable omology between national legal systems in respect of issues revealing, instead, the persistence of differences in the legal traditions, it appears inevitable to admit the persistence of distinct national notions of public policy for the purposes of private international law. The diversity between national legal traditions, in fact, is likely to appear particularly difficult to overcome in respect of issues presenting significant ethical implications, such as that examined in the present paper, in respect of which it would be unlikely to deny the persisting viability of the traditional notion of “international” public policy, intended as a tool for safeguarding the internal harmony of the domestic legal system. At the same time, it should not be neglected that on the current reality of the national legal systems and, accordingly, on their respective notions of public policy, a growing and undeniable influence is being exercised by the same sort of international legal principles and rules that in the legal literature had been identified as part of the said “truly international” public policy<sup>(29)</sup>.

**14.** Right from this different and more balanced perspective moved the more recent ruling by the *Sezioni Unite* of the *Corte di cassazione* referred to above. In that judgment, the Italian Supreme Court, even though admitting the importance of limiting the material scope of the domestic notion of public policy in an effort of achieving a broader opening of the domestic legal order to a coordination with foreign legal systems, stressed the importance not to limit the content of that notion to the sole principles to be found in international conventions and declarations concerning the fundamental rights of the human being, or expressly stated in the Italian Constitution. In this respect, the *Sezioni Unite* of

<sup>27</sup> See, e. g., in this respect *Corte di cassazione (sezioni unite civili)*, 8 January 1981, No. 189, *Rivista di diritto internazionale privato e processuale*, 1981, p. 787 ff., p. 790, on which G. CONTALDI (fn 22), p. 276. The same approach appears followed by *Corte di cassazione (sezione I civile)*, 21 June 2016, filed 30 September 2016, No. 19599 (fn 6), para. 7 of the grounds for judgment, revealing an approach tending to a levelling of the standards of protection of fundamental rights and, accordingly, to a limitation of the scope left for a margin of appreciation by national legal systems. See in this respect F. MARONGIU BUONAIUTI (fn 6), p. 1143 f.

<sup>28</sup> It should be noted that a shortcoming inherent in the “truly international” notion of public policy had been identified already by G. BARILE (fn 22), p. 77 ff., in the variety of the modes in which national legal systems adapt themselves to international legal rules and principles; see also N. PALAIA (fn 23), p. 17 f., stressing the need to balance the observance and promotion of internationally shared legal values with the preservation of qualifying aspects of the national legal systems; see further G. CONTALDI (fn 22), p. 276 f., noting that the very idea of a “truly international” public policy, besides being difficult to conceive of, due to the variety of the forms in which internationally shared legal systems are applied in the national legal systems, is at odds with the methodology of private international law, that presupposes the plurality and diversity of national legal systems; from the French legal literature see M. FORTEAU, “L’ordre public «transnational» ou «réellement international»”, *Journal du droit international*, 2011, p. 3 ff., p. 10 ff., noting that, rather than the uprise of a notion of public policy likely to be considered as «véritablement international», the current scenario reveals a growing internationalization of public policy as traditionally intended, due to the growing influence on its content of international legal principles and rules.

<sup>29</sup> See, for a sensibly more balanced reading of the notion of public policy in private international law, even though in respect of an issue, consisting of the recognition in Italy of a US judgment awarding punitive damages, not involving comparably sensible fundamental rights issues, *Corte di cassazione (sezioni unite civili)*, 5 July 2017, No. 16601, *Rivista di diritto internazionale*, 2017, p. 1305 ff., noted O. VANIN, “L’incidenza dei diritti fondamentali in materia penale sulla ricostruzione dell’ordine pubblico internazionale: il caso del riconoscimento delle decisioni straniere attributive di *punitive damages*”, *Ibid.*, p. 1190 ff.

the *Corte di cassazione*, even though carefully refraining from expressly overruling the earlier *dictum* of the first civil chamber in its judgment of 2016 recalled above, rectified the excessively restrictive notion of public policy upheld in that decision by stating that for the purposes of determining the material content of the notion of public policy for the purposes of private international law regard must be had also to the rules contained under domestic legislation. The latter, as the court held, must be intended as implementing the principles enshrined in the Italian Constitution in defining the concrete terms in which those principles are applied in the regulation of each legal institution <sup>(30)</sup>.

15. Applying this different and more articulated conception of public policy to the specific case of the recognition of filiation established abroad by having recourse to surrogate motherhood, the *Sezioni Unite* of the *Corte di cassazione* stated that the choice made by the Italian legislator in posing a ban on surrogate motherhood under Article 12 of Law No. 40/2004, coupled with criminal sanctions for cases of violation, must be considered expression of the concrete terms in which, at present, the Italian legal system guarantees respect for human dignity. The Italian Supreme Court did not refrain from considering that, in this specific context, the respect for human dignity, enforced by the ban posed on surrogate motherhood, needs to be balanced against other interests also deserving protection, such as the right of the child to respect for his private and, allegedly, family life, that would require the granting of continuity to the *status filiationis* acquired abroad. Nonetheless, the court considered that the choice as to the proper balance to be struck between these two conflicting interests in this case was expressly made by the Italian legislator, granting prevalence to the criterion of genetical and biological identity of the child over the supposed self-determination of the intended parents, who had recourse to a practice forbidden under Italian law <sup>(31)</sup>.

16. The Italian supreme court did not refrain in its judgment from considering the alternative modes in which the Italian legal system would allow to satisfy the conflicting interest that appeared likely to be compromised as a consequence of the denial of recognition of a foreign court decision establishing a personal *status* acquired abroad in violation of rules to be considered as part of the public policy of the *forum*. In this respect, the court identified the opportunity disclosed by the already mentioned extensive interpretation of the s. c. adoption in special cases prevailing in the Italian case law as the avenue through which the bond of filiation established abroad between the child and the intended father might find continuity in the Italian legal system <sup>(32)</sup>.

## V. Parallel developments in the case law of the European Court of Human Rights and its recent Advisory Opinion of 10 April 2019, issued pursuant to Protocol No. 16 to the ECHR

17. The solution adopted by the *Sezioni Unite* of the *Corte di cassazione* in the judgment under consideration, besides being inspired to a more prudent balancing of the need to grant continuity to personal and family *status* acquired abroad with the preservation of the inspiring principles of Italian law in respect of a question appearing as highly sensible from an ethical perspective, appears also in line with the similar sort of balancing made in respect of comparable issues by the European Court of Human Rights. This substantial alignment of the Italian case law to that of the European Court is revealed particularly, as noted, by the effort made by the *Corte di cassazione* to find alternative avenues through which the conflicting interest might be satisfied. In general terms, if the transnational continuity of personal or family *status* acquired abroad is to be intended as instrumental to the protection of the right to private and family life afforded by Article 8, para. 1, of the European Convention on Human Rights, the fact for a Contracting State to the Convention to oppose its public policy as a ground for denying such a continuity to the *status* in question is likely to imply a limitation to the enjoyment of that right

<sup>30</sup> *Corte di cassazione (sezioni unite civili)*, 6 November 2018, filed 8 May 2019, No. 12193 (fn 1), para. 12.2 of the grounds for judgment.

<sup>31</sup> *Ibid.*, para. 13.2 of the grounds for judgment.

<sup>32</sup> *Ibid.*, with regard to Art. 44, para. 1, lit. d), Law of 4 May 1983, No. 184, in the extensive interpretation referred to above (fn 4-5 and accompanying text), as confirmed, lastly, by *Corte di cassazione (sezione I civile)*, 22 June 2016, No. 12962.

(<sup>33</sup>). In this respect, it shall be kept in mind that the right to personal and family life as protected under Article 8 of the European Convention is a right which may suffer limitations. These are subject to the usual requirements which the Convention poses in respect of the limitations acceptable as concerns the enjoyment also of other rights having a comparable *status* in its system, whereby such limitations shall be established by law, shall be necessary for the pursuit of a goal to be considered as worth of protection in a democratic society, and shall be proportionate to an effective attainment of the goal pursued (<sup>34</sup>).

**18.** With particular regard to the limitations that to the enjoyment of the right to private and family life might derive from a denial of recognition of filiation established abroad by having recourse to practices of surrogate motherhood forbidden in the Contracting State where recognition is sought, the case law of the European Court reveals a prudent attitude, open to leave to the Contracting States a reasonable margin of appreciation, as it generally tends to do concerning issues in respect of which an insufficient *consensus* exists among them as concerns the solutions adopted in domestic legal systems. Particularly, in its well known judgments in the parallel cases of *Labassée v. France* and *Menesson v. France*, the European Court has found a violation by France of Article 8 of the European Convention. The court held the violation as due to the denial by the French authorities to register in the civil *status* records the certificates of birth of the children of the two couples issued in the United States, a denial based on the fact of the couples having had recourse to practices of surrogate motherhood that were forbidden under French law. Actually, the violation found by the European Court in both cases related to the children's right to private life, since, as a consequence of the said decisions by the French authorities, they were prevented from exercising their right to personal identity as children of the intended parents, as stated in the certificates of birth issued in the United States, whereas, in both cases, a real biological link existed only as between the children and the respective fathers (<sup>35</sup>). In both cases, the European Court did not hold, instead, the intended parents' right to family life to have been violated, since the denial to recognize the children born by surrogacy as sons, in each of the two cases, of both intended parents did not materially prevent them to entertain a *de facto* family life with the respective children (<sup>36</sup>).

**19.** In the subsequent judgment of a simple Chamber in the case of *Paradiso and Campanelli v. Italy*, the European Court of Human Rights appeared to take a further step, since, after having declared inadmissible the requests submitted by the intended parents on behalf of the child, it affirmed the violation of the right of the couple who had recourse to surrogate motherhood to their family life (<sup>37</sup>). The violation found by the European Court was not due to the denial by the Italian authorities of the

<sup>33</sup> See generally on this issue, among others, R. BARATTA, "La reconnaissance internationale des situations juridiques personnelles et familiales", *Recueil des cours de l'Académie de droit international de la Haye*, Vol. 348, 2010, p. 253 ff., p. 398 ff.; A. DAVI, *Le renvoi en droit international privé contemporain*, *Ibid.*, Vol. 352, 2012, p. 9 ff., p. 439 ff.; *Id.* (fn 9), p. 355 ff.; F. MARONGIU BUONAIUTI (fn 9), p. 70 ff.; F. SALERNO, "The Identity and Continuity of Personal Status in Contemporary Private International Law", *Recueil des cours de l'Académie de droit international de la Haye*, Vol. 395, 2019, p. 21 ff., p. 32 ff., 57 f.

<sup>34</sup> See generally, concerning the limitations which the right to private and family life might suffer pursuant to Article 8, para. 2, ECHR, European Court of Human Rights, Judgment of 19 September 2000, *Gnahoré v. France*, Application No. 40031/98, para. 50; Judgment of 10 April 2012, *Pontes v. Portugal*, Application No. 19554/09, para. 74. See D. J. HARRIS, M. O'BOYLE, E. BATES, C. BUCKLEY, *Harris, O'Boyle & Warbrick, Law of the European Convention on Human Rights*, 2nd edn, Oxford, OUP, 2009, p. 397 ff.; B. RAINEY, E. WICKS, C. OVEY, *Jacobs, White and Ovey, The European Convention on Human Rights*, 7th edn, Oxford, OUP, 2017, p. 340 ff.; W. A. SCHABAS, *The European Convention on Human Rights. A Commentary*, Oxford, OUP, 2015, p. 401 ff.

<sup>35</sup> European Court of Human Rights, Judgment of 26 June 2014, *Labassée v. France*, Application No. 65941/11, para. 75 ff.; Judgment of 26 June 2014, *Menesson v. France*, Application No. 65192/11, para. 96 ff.

<sup>36</sup> European Court of Human Rights, Judgment of 26 June 2014, *Labassée v. France* (fn 35), para. 66 ff.; Judgment of 26 June 2014, *Menesson v. France* (fn 35), para. 87 ff. See, among others, H. FULCHIRON, C. BIDAUD-GARON, "Reconnaissance ou reconstruction? À propos de la filiation des enfants nés par GPA, au lendemain des arrêts *Labassée*, *Menesson* et *Campanelli-Paradiso* de la Cour européenne des droits de l'homme", *Revue critique de droit international privé*, 2015, p. 1 ff., p. 3 ff.; S. TONOLO, "Identità personale, maternità surrogata e superiore interesse del minore nella più recente giurisprudenza della Corte europea dei diritti dell'uomo", *Diritti umani e diritto internazionale*, 2015, p. 202 ff., p. 204 ff.; A. VETTORELLI, "International Surrogacy Arrangements: Recent Developments and Ongoing Problems", *Rivista di diritto internazionale privato e processuale*, 2015, p. 522 ff., p. 532 ff.; R. BARATTA, "Diritti fondamentali e riconoscimento dello *status filii* in casi di maternità surrogata: la primazia degli interessi del minore", *Diritti umani e diritto internazionale*, 2016, p. 309 ff., p. 317 ff.

<sup>37</sup> European Court of Human Rights, Judgment of 27 gennaio 2015, *Paradiso and Campanelli v. Italy*, Application No. 25358/12, para. 51 ff.

registration in the Italian civil *status* records of the birth certificate delivered in Russia, pursuant to which the child appeared as son of the two intended parents<sup>(38)</sup>, in a case where, differently from the *Labassée* and *Menesson* cases mentioned above, he did not possess biological links to any of them. This appeared to justify of itself the denial of registration of the Russian birth certificate, since the child could not be considered as the son of the intended parentes from the perspective of Italian law, applicable in the instant case to the establishment of filiation under Article 33 of the Italian statute on private international law<sup>(39)</sup>. Instead, the violation of Article 8 of the European Convention was held as due to the subsequent decisions adopted by the Italian courts to remove the child from the intended parents and to place him under foster care with a supporting family. At the same time, the simple Chamber of the European Court considered that regard was to be had to the prevailing interest of the minor and to the affective bonds which he had developed in the meantime with the supporting family, and, accordingly it, held that the finding of the violation did not entitle in the circumstances of the case the intended parents to obtain the return of the child<sup>(40)</sup>. In fact, the applicants were only awarded equitable satisfaction<sup>(41)</sup>.

**20.** The judgment by the simple Chamber in *Paradiso and Campanelli v. Italy* was subsequently overturned by the Grand Chamber of the European Court in its judgment of 24 January 2017. In the latter judgment a somewhat narrower approach prevailed, pointing to the absence, in the instant case, of any biological link between the child and either of the intended parents. In consideration of the said circumstances, the Grand Chamber considered the general interest by Italy to secure enforcement of its rules prohibiting recourse to surrogate motherhood as likely to prevail over the interest of the couple to fulfil their parental aspirations, and, accordingly, to preserve the bond they had created with the child. In fact, the Grand Chamber attributed weight, in the balancing of the competing interests, to the fact that such a bond had been created fictitiously and in breach of the Italian rules concerning medically assisted procreation, as well as of the rules concerning international adoption. The latter rules were in fact pointed to as providing the lawful means by which the intended parents could have established a bond of filiation with the child absent any biological link between the latter and any of them<sup>(42)</sup>.

**21.** The importance of the presence of biological links between the child and one at least of the intended parents, as well as the availability of alternative avenues through which a bond of filiation might be established absent those links, with particular regard to adoption, appear central also in the reasoning followed by the European Court in its recent opinion of 10 April 2019<sup>(43)</sup>, handed down, for the first

<sup>38</sup> In this respect, actually, the application had been declared inadmissible by the European Court, since the intended parents failed to demonstrate prior exhaustion of domestic remedies. In fact, they had refrained from further appealing before the *Corte di cassazione* the judgment by the appellate court that confirmed the correctness of the decision by the civil *status* official to deny registration of the Russian birth certificate in the circumstances of the case. See *Ibid.*, para. 62.

<sup>39</sup> *Ibid.*, para. 77, where the European Court considered incidentally as reasonable the decision adopted by the Italian courts in the sense of considering necessary, following a report by the Italian consular post in Moscow as to the falsehood of the data reported in the birth certificate delivered by the Russian authorities, a new assessment of the requirements for the establishment of filiation under Italian law, as applicable pursuant to Article 33, Law of 31 May 1995, No. 218.

<sup>40</sup> *Ibid.*, para. 88.

<sup>41</sup> See, with regard to the judgment by the simple Chamber of the European Court, H. FULCHIRON, C. BIDAUD-GARON (fn 36), p. 6 f.; S. TONOLO (fn 36), p. 208 f.; A. VETTORELLI (fn 36), p. 536 ff.; R. BARATTA (fn 36), p. 323 f.; see also I. PRETELLI, "Les défis posés au droit international privé par la reproduction technologiquement assistée", *Revue critique de droit international privé*, 2015, p. 559 ff., with regard to a judgment by the *Corte di cassazione* (*sezione I civile*), 11 November 2014, No. 24001, where, in circumstances similar to those occurring in the case of *Paradiso and Campanelli v. Italy*, the Italian Supreme Court dismissed an appeal against the appellate court decision having declared the child available for adoption after having denied registration in the Italian civil *status* records, as incompatible with the Italian public policy, of a foreign birth certificate identifying the child himself, born by surrogacy, as son of the intended parents absent any biological link to any of them.

<sup>42</sup> European Court of Human Rights (Grand Chamber), Judgment of 24 January 2017, *Paradiso and Campanelli v. Italy*, Application No. 25358/12, para. 131 ff., 185 ff. See, among others, L. LORENZINI, "Gestation pour autrui: entre ordre public et intérêt supérieur de l'enfant. – Analyse de droit comparé (droit français et droit italien) au regard de la position de la CEDH", *Journal du droit international*, 2017, p. 831 ff., p. 837 ff.; S. TONOLO (fn 21), p. 1078 ff., M. GERVASI (fn 8), p. 220, 224 f.

<sup>43</sup> European Court of Human Rights, Advisory Opinion of 10 April 2019, concerning the recognition in domestic law of a legal parent-child relationship between a child born through a gestational surrogacy arrangement abroad and the intended mother, Request No. P16-2018-001.



time after the entry into force of Protocol No. 16 to the European Convention, on a request by the French *Cour de cassation* concerning the follow-up of the case of *Mennesson v. France* considered above <sup>(44)</sup>. In a case where, as noted, differently from the circumstances occurring in the case of *Paradiso and Campanelli v. Italy*, the children possessed a biological link to the father, but not to the intended mother, the French supreme court was posing the question as to how the right of the children to their private life as sons of both intended parents should be enforced. In fact, as a consequence of later developments of French case law after the judgment by the European Court in that case was handed down, the registration of a foreign birth certificate identifying, in case of recourse to a gestational surrogacy, the children as sons of the biological father would have been admissible. Nonetheless, the registration of such an act would have remained precluded insofar as it established a comparable bond of filiation with the intended mother, absent any biological link between the children and the latter <sup>(45)</sup>.

**22.** The European Court based itself in its advisory opinion on a comparative law analysis, showing that at present the majority of the Contracting Parties to the European Convention forbid a recourse to practices of surrogate motherhood, which are so far allowed just in a limited number of Contracting States. In a legal framework that does not allow the establishment of a sufficient *consensus* as among the Contracting States to the European Convention concerning the recognition of a bond of filiation established abroad by having recourse to such practices, the European Court affirmed that the Contracting States should be afforded a broad margin of appreciation as to the choice of the forms in which the right of the child to enjoy his private life with both of the intended parents shall be enforced in circumstances comparable to those of the case having formed the subject of the request before it <sup>(46)</sup>. Accordingly, the European Court considered in its opinion that alternative forms as compared to the registration of a foreign birth certificate shall be considered as admissible in such cases, with particular regard to the possibility for the intended, non-biological parent to establish a bond of filiation with the child by adoption, provided that the relevant procedure contemplated by the law of the Contracting State concerned might be achieved promptly and effectively, in accordance with the child's best interests <sup>(47)</sup>.

## VI. Concluding remarks

**23.** The advisory opinion delivered by the European Court on 10 April 2019, handed down just one month ahead of the filing of the judgment by the *Sezioni Unite* of the Italian *Corte di cassazione* referred to above, is clearly not mentioned in the latter judgment. In fact, it has been handed down some months after the hearing at the closing of which the Italian Supreme Court appears to have decided on the case before it. At the same time, it is hard not to note the substantial alignment of the conclusions reached by the two courts. On the one side, the solution adopted by the *Sezioni Unite* might appear, as compared to the more open-minded approach revealed by the earlier judgment by the first civil chamber of the same Court of 2016 referred to above <sup>(48)</sup>, as excessively prudent and conservative. On the other side, there appears to be no reason why, in respect of such a delicate issue involving fundamental values such as the respect for human dignity, as well as calling into question the enforcement of the mandatory rules adopted by the Italian legislator, the Italian Supreme Court should have taken a step further in a direction where the European Court of Human Rights has itself given a clear sign of prudence. Ultimately, the further steps that in such a delicate field are likely to be taken are a matter to be left, as far as the Italian legal system is concerned, to the legislator. On the latter, in fact, lies the responsibility of establishing, in accordance with the Italian Constitution as well as with the obligations deriving from international and European rules, particularly as concerns the protection of fundamental rights, what shall in general terms be allowed and provided for in the Italian legal system.

<sup>44</sup> European Court of Human Rights, Judgment of 26 June 2014, *Mennesson v. France*, Application No. 65192/11 (fn 35 and accompanying text).

<sup>45</sup> European Court of Human Rights, Advisory Opinion of 10 April 2019 (fn 43), para. 14.

<sup>46</sup> *Ibid.*, para. 51.

<sup>47</sup> *Ibid.*, para. 55.

<sup>48</sup> *Corte di cassazione (sezione I civile)*, 21 June 2016, filed on 30 September 2016, No. 19599 (fn. 6).

# RECOGNITION AND ENFORCEMENT OF DECLARATORY AWARDS UNDER ENGLISH LAW AS AN EFFECTIVE METHOD TO PROTECT THE ARBITRATION AGREEMENT

## RECONOCIMIENTO Y EJECUCIÓN DEL LAUDO DECLARATIVO EN EL DERECHO INGLÉS COMO MÉTODO EFECTIVO PARA PROTEGER EL CONVENIO ARBITRAL

JAVIER PÉREZ FONT

*LLB (University Carlos III of Madrid), LLM (Distinction) in International Commercial and Maritime Law (Swansea University), PhD candidate at Public University of Navarre*

ORCID ID:0000-0002-1554-5420

Recibido: 05.07.2019 / Aceptado: 22.07.2019

DOI: <https://doi.org/10.20318/cdt.2019.4960>

**Abstract:** Where a party to an English arbitration clause commences proceedings before the courts of a state member of the EU other than the United Kingdom, the counterparty can: either claim for the stay of the proceedings before that Court, or start arbitral proceedings in England in order to obtain a declaratory ruling on the validity of the agreement which could subsequently be converted into a judgment under section 66 of the Arbitration Act 1996. In accordance with Article 45(1)(c) of Brussels I Bis Regulation, this judgment entered in the terms of the award would entitle the complying party to resist within the United Kingdom the enforcement of a later inconsistent Regulation judgment rendered in another state member.

**Keywords:** declaratory awards, torpedo actions, s.66 Arbitration Act 1996, Article 45(1)(c) Brussels I Bis Regulation, enforcement of arbitral awards.

**Resumen:** Cuando la parte de un convenio arbitral sometido a Derecho Inglés comienza procedimientos judiciales ante los tribunales de un estado miembro de la UE diferente del Reino Unido, la contraparte puede: plantear una declinatoria internacional o iniciar el procedimiento arbitral con la intención de obtener un laudo declarativo concerniente a la validez del convenio que posteriormente podrá ser convertido en sentencia a través de la sección 66 de la Arbitration Act 1996. De acuerdo con el Artículo 45(1)(c) del Reglamento Bruselas I Bis, esta sentencia habilitaría a la parte que ha cumplido el convenio a oponerse al reconocimiento y ejecución de la sentencia contradictoria que pudiera dictarse posteriormente por el tribunal de otro estado miembro.

**Palabras clave:** laudos declarativos, acciones torpedo, s.66 Arbitration Act 1996, Art.45(1)(c) del Reglamento Bruselas Bis I, ejecución del laudo arbitral.

**Summary:** I. Introduction. II. Enforcement of the arbitral award under s.66 AA96: 1. Introduction; 2. Scope of application: the award; 3. Enforcement under s.66(1) AA96; 4. Enforcement under s.66(2) AA96; 5. Defences and the right to raise an objection. III. Use of s.66 AA96 against Torpedo Actions: 1. A shield against a Torpedo Action; 2. Enforcement of declaratory awards under English Law; 3. Discretion to enforce the declaratory award; 4. Judgment shield vs Regulation Judgment. IV. Conclusions.

## I. Introduction

1. The object of arbitration<sup>1</sup> is the obtention of the fair resolution of disputes by an impartial tribunal<sup>2</sup> occasionally assisted by Courts<sup>3</sup>. Contrary to what it ordinary occurs with Courts, the jurisdiction of arbitral tribunals is not based upon a statutory provision, but on the existence of an agreement according to which the parties, not only decide to grant jurisdictional powers to the arbitrators but also to waive their right to litigate the disputes between them.

2. Thus, as it is well-known, the arbitration agreement is said to have a twofold effect: on one hand, it empowers the tribunal to resolve the disputes with a binding decision (the positive effect); and, on the other, it deprives the parties to the agreement of their right to bring in the disputes before a court (negative effect).

3. Under English Law, the negative effect of the arbitration agreement is protected by two legal instruments regarded as “opposed and complementary sides of a coin”<sup>4</sup>: the stay of the proceedings<sup>5</sup> and the anti-suit injunctions.

4. Anti-suit injunctions are orders not addressed to a court, but to the person over whom they have “jurisdiction from continuing with or commencing proceedings in a foreign court if is inequitable

<sup>1</sup> Since the definition of Arbitration posed difficulties, the lawmakers opted for setting out the object of arbitration [‘Departmental Advisory Committee Report on Arbitration Law 1996’ para 18]. Apart from fairness and impartiality, s.1(a) AA96 establishes as object of arbitration the avoidance of unnecessary delay or expense. These all were regarded by the DAC Report as aspects of justice or requirements of an heterocompositive dispute resolution system.

<sup>2</sup> Amongst the general duties of the tribunal, s.33(1)(a) AA96 remarks that it must “act fairly and impartially as between the parties, giving each party a reasonable opportunity of putting his case and dealing with that of his opponent”. The existence of circumstances that give rise to justifiable doubts as to the want of impartiality enables any party to apply to the court to remove the partial arbitrator or arbitrators [s.24(1)(a) AA96]. Unlike Art.12 Model Law, the Act does not provide for a full disclosure by the arbitrator of any circumstance which might give rise to justifiable doubts as to his impartiality or independence. Besides, the Act does not enlist potential bias which would make the arbitrator resign or get removed either. Therefore, the existence of a potential ground for reasonable suspicion regarding the lack of impartiality or independence of the arbitrator is not something which can be deemed as objective; but, on the contrary, it must be proved by the claimant.

Regarding the disclosure of potential conflicts of interests in international commercial arbitration and investment arbitration, the International Bar Association has developed a traffic light system intended to assist parties, practitioners, arbitrators, institutions and courts. [Introduction International Bar Association, ‘IBA Guidelines on Conflicts of Interest in International Arbitration’ paras 5–6]. In summary, the guidelines distinguish red [List 1 and 2 – Part II], orange [List 3 – Part II] and green situations [List 4 – Part II]. The first ones indicate matters which must always be disclosed [Part II – Para. 3]; the second reflect situations which should be disclosed by arbitrators [Part II – Para. 3]; and finally, the green are situations where there is no conflict of interest and consequently arbitrators have no duty to disclose [Part II – Para. 7]. Though these guidelines are not legal provisions and do not override any applicable national law or arbitrable rules chosen by the parties, they are gaining greater recognition internationally [R.M MERKIN & L. FLANNERY, *Arbitration Act 1996* (4th edn, Informa Law 2008) p. 88.], having been referred in *ASM Shipping Co Ltd of India v TTMI Ltd of England* [2005] EWHC 2238 (Comm) and in *A & Others v B & X* [2011] EWHC 2345 (Comm).

<sup>3</sup> The principle of minimal court interference enshrined in s.1(c) AA96 intends to implement in English Law the approach according to which the courts generally only intervene in order to support the arbitral process, not take it over. (See ‘Departmental Advisory...’ op. cit. para 22). Apart from the enforcement of the award, under the Arbitration Act 1996, the main interventions of Courts during the arbitral proceedings are: Extension of the time the parties might have agreed to begin the proceedings (s.12 AA96); Determining how the limitation period must be computed in cases that the award has been set aside or declared to be of no effect. (s.13 AA96); Appointment of arbitrators (s.17 and 18 AA96); Removal of arbitrators; (s.24 AA96); Protection of the arbitration agreement through Anti-Suit Injunctions; Urgent preservation of evidences or assets (s.44(3) AA96); Determination of a preliminary point of jurisdiction (s.32 AA96); Enforcement of peremptory orders (s.42 AA96); Securing the attendance of witnesses (s.43 AA96); List of Court powers exercisable if support of arbitral proceedings (s.44 AA96); Challenge the award on the ground of lack of substantive jurisdiction (s.67 AA96); Challenge the award on the ground of serious irregularities which have caused substantial injustice (s.68 AA96); and the challenge on a point of law (s.69 AA96).

<sup>4</sup> *Ust-Kamenogorsk Hydropower Plant JSC v AES Ust-Kamenogorsk Hydropower Plant LLP* [2013] UKSC 35 [60]. See also paragraphs [21] – [28] of the same case.

<sup>5</sup> s.9 AA96. As to the stay in international disputes see: A.L. CALVO CARAVACA/ J. CARRASCOSA GONZÁLEZ/C. CAAMIÑA DOMÍNGUEZ, *Litigación Internacional En La Unión Europea. I, Competencia Judicial y Validez de Resoluciones En Materia Civil y Mercantil En La Unión Europea: Comentario al Reglamento Bruselas I Bis* (1st edn, Aranzadi 2017) 507–510.

for such person so to act”<sup>6</sup>. This procedural device is used in most common law countries and its existence can be traced back to the fifteenth-century conflicts of jurisdiction between the Courts of Equity and the Courts of Common Law<sup>7</sup>. Nowadays granted under section 37 of the Senior Courts Act 1981<sup>8</sup>, for their adoption, the Claimant is required to demonstrate:

- a) That there is a valid arbitration agreement.
- b) That the claim brought in before the foreign court is made by a party to the arbitration agreement and that the claim falls within the scope of the agreement<sup>9</sup>.
- c) That the application is made without delay<sup>10</sup>.
- d) That the claimant has not submitted to the jurisdiction of the foreign court<sup>11</sup>.
- e) That it is convenient to make the order.

5. Either anti-suit injunctions granted to protect a jurisdiction agreement, or the ones granted to protect the arbitration agreement are held to be against the European Regulation<sup>12</sup>. In consequence, English Courts cannot grant them in relation to disputes which fall within the scope of the European Regulation<sup>13</sup>. Thus, where a party to an English arbitration clause commences proceedings on civil and commercial matters before the courts of another state member, the options of the counterparty to protect the negative effect of the agreement seem to be restricted to the stay. However, as it is to be examined in this project, there could be an alternative option for the complying party based upon the combination of the arbitration agreement, the Arbitration Act 1996 and the Brussels I Bis Regulation<sup>14</sup>. As it will be demonstrated, a declaratory award ruling on the validity of the arbitration agreement can subsequently be converted in a judgment under section 66 of the Arbitration Act and thus become a judgment which

<sup>6</sup> *Halsbury's Laws of England* 524.

<sup>7</sup> C. OJIEGBE, ‘From West Tankers to Gazprom: Anti-Suit Injunctions, Arbitral Anti-Suit Orders and the Brussels I Recast’ (2015) 11 *Journal of Private International Law* 267, 271; A.L. CALVO CARAVACA, J. CARRASCOSA GONZÁLEZ & C. CAAMIÑA DOMÍNGUEZ, *Litigación Internacional...* op. cit. p. 176.

<sup>8</sup> Historically, it was doubtful whether they had to be granted under s.37 of the Senior Courts Act 1981 or under s.44 AA96. The situation was clarified in *Ust-Kamenogorsk Hydropower Plant JSC v AES Ust-Kamenogorsk Hydropower Plant LLP* [2013] UKSC 35. In this case MANCE concluded that “Where an injunction is sought to restrain foreign proceedings in breach of an arbitration agreement - whether on an interim or a final basis and whether at a time when arbitral proceedings are or are not on foot or proposed - the source of the power to grant such an injunction is to be found not in section 44 of the 1996 Act, but in section 37 of the 1981 Act. Such an injunction is not “for the purposes of and in relation to arbitral proceedings”, but for the purposes of and in relation to the negative promise contained in the arbitration agreement not to bring foreign proceedings, which applies and is enforceable regardless of whether or not arbitral proceedings are on foot or proposed” (*ibidem* [48]).

<sup>9</sup> In *JSC AMC Ingosstrakh Investments v BNP Paribas SA* [2012] 1 *Lloyd's Rep* 649 the Court of Appeal held that anti-suit injunctions can also be addressed to a third party seeking to assist the party to the arbitration agreement in bringing the wrongful foreign proceedings by way of collusion.

<sup>10</sup> The anti-suit injunctions will not be granted where the foreign proceedings are at an advanced stage. In *The Angelic Grace* [1995] 1 *Lloyd's Rep* 87 it was held that a decision of the Court of Appeal must be deemed as the deadline to grant an anti-suit injunction.

<sup>11</sup> According to Article 26 of Brussels I Bis Regulation – with similar verbatim to Article 24 Regulation Brussels I and Article 18 of the Brussels Convention - submission by the claimant takes place when he registers the claim against the defendant. On the other hand, the defendant's submission takes place when he enters an appearance, unless he does so to contest the jurisdiction of the court, or where another court has exclusive jurisdiction on the matter by virtue of Article 24 of the Regulation.

<sup>12</sup> Firstly, in *Turner v Grovit* [2004] ECJ C-159/02 the European Court of Justice held that anti-suit injunctions granted in case of breach of a jurisdiction agreement was not consistent with the Brussels Convention 1968. The ECJ concluded that the Convention had to be interpreted “as precluding the grant of an injunction whereby a court of a contracting state prohibits a party to proceedings pending before it from commencing or continuing legal proceedings before a court of another contracting state, even where the party is acting in bad faith with a view to frustrate the existing proceedings.” (*ibidem* [31]) Following this approach, in *West Tankers Inc v Allianz SpA & Generali Assicurazione Generali SpA* [2009] ECJ - C-185/07. the Court held that anti-suit injunctions granted in breach of an arbitration agreement indirectly interferes with the competence of the court exercising or resolving the dispute jurisdiction. See also: D. JOSEPH, *Jurisdiction and Arbitration Agreements and Their Enforcements* (2nd edn, Sweet & Maxwell 2010) p. 402; A.L. CALVO CARAVACA, J. CARRASCOSA GONZÁLEZ & C. CAAMIÑA DOMÍNGUEZ, *Litigación Internacional...* op. cit. p. 176–178; C. OJIEGBE, ‘From West...’ p. 273–277.

<sup>13</sup> A.L. CALVO CARAVACA/J. CARRASCOSA GONZÁLEZ/C. CAAMIÑA DOMÍNGUEZ, *Litigación Internacional...* op. cit. p. 176.

<sup>14</sup> 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

according to the Regulation would entitle the complying party to resist within British jurisdiction the recognition and enforcement of any later inconsistent judgment which could be rendered by the courts of another member state of the European Union.

6. The structure of the project is divided into two parts: the first one deals with the regulation of the enforcement contained in section 66, and the second copes with the possibility to enforce a declaratory award and its use to protect the negative effect of the arbitration agreement. Finally, some conclusions will be held.

## II. Enforcement of the arbitral award under s.66 AA96

### 1. Introduction

7. Apart from the implementation of the Geneva<sup>15</sup> and the New York Convention<sup>16</sup>, the Arbitration Act 1996 recognises two methods to enforce an arbitral award: the common law remedy of the action on the award and the summary procedure of section 66. Though the party is free to opt for one or the other the advantages of the latter outweighs the former's, resulting so in a residual use of the traditional action on the award.

8. Section 66(4) of the Arbitration Act 1996 provides that “nothing in this section affects the recognition and enforcement of an award under any other enactment or rules of law, (...) or by an action on the award” and section 81 “provides for the survival of common law rights consistent with 1996 Act”<sup>17</sup>.

9. The basis of the action on the award is the implied obligation of the parties to an arbitration agreement to perform the award. Where a party dishonours the award, the counterparty is to be entitled to claim for the breach of this implied obligation and to seek a judgment from the court for the same relief as the granted by the award<sup>18</sup>.

10. Despite its statutory recognition, the action on the award “is little used in practice”<sup>19</sup> and its use seems to be limited to two groups of cases: firstly, where the award was made pursuant to an arbitration agreement which does not satisfy the broad definition contained in the Act<sup>20</sup>; and secondly, where the enforcement under section 66 is unsuitable because the debtor resists the enforcement on grounds which raise factual issues requiring full investigation<sup>21</sup>.

11. On the other hand, sections 66(1) and (2) – mirroring former section 26 of the Arbitration Act 1950<sup>22</sup> - envisage two difference methods to enforce the arbitral award: the leave of the court to enforce the award “in the same manner as a judgment or order of the court”<sup>23</sup> and the conversion of the award into a judgment<sup>24</sup>.

<sup>15</sup> s.99 AA96.

<sup>16</sup> s.100 – 104 AA96.

<sup>17</sup> C. AMBROSE/ H. SUMPTION/ K. MAXWELL, *London Maritime Arbitration* (4th edn, Informa Law 2017) para 23.19.

<sup>18</sup> C. AMBROSE/H. SUMPTION/ K. MAXWELL, *London Maritime...* op. cit. para 23.21; D. SUTTON & J. GILL, *Russell on Arbitration* (23rd edn, Sweet & Maxwell 2008) para 8–015.

<sup>19</sup> *National Ability SA v Tinna Oils & Chemicals Ltd (The Amazon Reefer)* [2010] 1 Lloyd's Rep 222 [6].

<sup>20</sup> *Goldstein v Cenley* [2002] 1 WLR 281 294.

<sup>21</sup> C. AMBROSE, H. SUMPTION & K. MAXWELL, *London Maritime...* op. cit. para 23.13.

<sup>22</sup> This provision read as follows: “An award on an arbitration agreement may, by leave of the High Court or a judge thereof, be enforced in the same manner as a judgment or order to the same effect, and where leave is so given, judgment may be entered in terms of the award”.

<sup>23</sup> s.66(1) AA96.

<sup>24</sup> s.66(2) AA96.

12. Originally, these methods to enforce the award were a “summary form of proceedings intended to dispense with the full formalities of the action to enforce an award”<sup>25</sup> whose scope of application was restricted to “reasonable clear cases”<sup>26</sup>. However, the procedures were developed and currently, as Lord Denning remarked, can “be used in nearly all cases”<sup>27</sup>

13. Since these procedures contained in section 66 are exclusively based on documentary evidence<sup>28</sup>, they are quicker, cheaper and therefore more popular than the action on the award. In the following lines, both are to be examined along with their scope of application and the defences which might be triggered to resist the enforcement of the award.

## 2. Scope of application: the award

14. The procedures provided in sections 66(1) and (2) are restricted to the enforcement of arbitral awards which are made pursuant to arbitration agreements which satisfy the statutory definition contained in sections 5 and 6 of the Act<sup>29</sup>.

15. Based on Art.7 of the Model Law, sections 5 and 6 establish that either the “*strict*” arbitration agreement – understood as the agreement to submit all or certain contractual or non-contractual disputes which might arise between the parties of a legal relationship - or the submission agreement – understood as the agreement to submit contractual or non-contractual disputes which have already arisen out of a legal relationship -<sup>30</sup> must be in writing<sup>31</sup>. For the purposes of the Act, the agreement will be in writing:

- a) Where the agreement is made in writing<sup>32</sup>.
- b) Where it is made by exchange of communications in writing<sup>33</sup>.
- c) Where the agreement is evinced in writing<sup>34</sup>, admitting electronic means of communication<sup>35</sup> such as email<sup>36</sup>.
- d) Where the agreement is evinced in writing if the agreement was made otherwise than in writing and was recorded by one of the parties, or by a third party with the authority of the parties<sup>37</sup>.
- e) Where the agreement is contained in an exchange of statements of claim and defence in which the existence of the arbitration agreement was alleged by one party and not denied by the other<sup>38</sup>.
- f) And finally, where in a contract there is a reference to any writing document containing an arbitration clause provided that this express reference is such as to make that clause part of the incorporating contract<sup>39</sup>.

<sup>25</sup> *National Ability SA v Tinna Oils & Chemicals Ltd (The Amazon Reefer)* [2010] 1 Lloyd’s Rep 222 [7].

<sup>26</sup> *Boks & Co v Peter; Rushton & Co Ltd* [1919] KB 491 497.

<sup>27</sup> *Middlemiss & Gould v Hartlepool Corporation* [1972] 1 WLR 1643 1647.

<sup>28</sup> “The application proceeds upon the basis of documentary evidence only, and no witness are called to give evidence at the hearing of the application.” (C. AMBROSE, H. SUMPTION & K. MAXWELL, *London Maritime...* op. cit. para 23.8).

<sup>29</sup> D. SUTTON & J. GILL, *Russell on...* op. cit. para 8–014.

<sup>30</sup> Art.6(1) AA96 establishes that an arbitration agreement means “an agreement to submit to arbitration present or future disputes (whether they are contractual or not)”.

<sup>31</sup> Art. 7(1) of the Model Law 2006 and s.5(1) AA96.

<sup>32</sup> Art. 7(3) of the Model Law 2006 and s.5(2)(a) AA96.

<sup>33</sup> Art. 7(3) of the Model Law 2006 and s.5(2)(b) AA96.

<sup>34</sup> s.5(2)(c) AA96.

<sup>35</sup> Art. 7(4) of the Model Law 2006 requires the information contained therein to be accessible so as to useable for subsequent reference.

<sup>36</sup> In *Bernuth Lines Ltd v High Seas Shipping Ltd* [2006] 1 Lloyd’s Rep 537, the Court held that an email constituted writing for the purposes of recording an arbitration agreement.

<sup>37</sup> Art. 7(3) of the Model Law 2006 and s.5(4) AA96.

<sup>38</sup> Art. 7(5) of the Model Law 2006 and s.5(5) AA96.

<sup>39</sup> Art. 7(6) of the Model Law 2006 and s.5(3) and 6(2) AA96.

16. Unlike it will happen with New York and Geneva conventional awards, section 66 makes no reference to the seat of arbitration. This means that the procedures enacted in this provision are applicable irrespective of the location of the seat of the arbitration<sup>40</sup>. Consequently, section 66 is applicable where the award is made pursuant to an arbitration whose seat was either in England, Wales or Northern Ireland<sup>41</sup>, or outside these countries<sup>42</sup>.

17. The expression “award” not only refers to the decision made by the tribunal determining the rights and obligations of the parties to the dispute<sup>43</sup>, but also to the agreed awards<sup>44</sup>. On the contrary, preliminary or interim decisions, procedural orders, directions or any order of the tribunal granting relief on a provisional basis fall outside sections 66(1) and (2)<sup>45</sup>. Therefore, the enforcement of the peremptory orders which the Tribunal might grant during the proceedings is not to be under section 66, but under section 42<sup>46</sup>.

<sup>40</sup> R.M MERKIN & L. FLANNERY, *Arbitration Act...* op. cit. p. 262. s.3 AA96 defines the seat of arbitration as the judicial seat of the arbitration and it can be designated: (a) by the parties to the arbitration agreement; (b) by any arbitral or other institution or person vested by the parties with powers in that regard, or (c) by the arbitral tribunal if so authorised by the parties. Besides, in the absence of such designation, s.3 AA96 provides that it can be determined having regard to the parties’ agreement and all the relevant circumstances.

<sup>41</sup> s.2(1) AA96. In this situation, the provisions listed in Schedule 1- sections 9-11 (stay of legal proceedings), 12 (power of court to extent agreed time limits), 13 (application of Limitation Acts), 24 (power of the court to remove arbitrator), 26(1) (effect of death of arbitrator), 28 (liability of parties for fees and expenses of arbitrators), 29 (immunity of arbitrator), 31 (objection to substantive jurisdiction of tribunal), 32 (determination of preliminary point of jurisdiction), 33 (general duty of tribunal), 37(2) (items to be treated as expenses of arbitrators), 40 (general duty of parties), 43 (securing the attendance of witnesses), 56 (power to withhold award in case of non-payment), 60 (effectiveness of agreement for payment of costs in any event), 66 (enforcement of award), 67 – 68 (challenging the award: lack of substantive jurisdiction and serious irregularity), 70 – 71 (supplementary provision and effect of order of court), 72 (saving for rights of person who takes no part in proceedings), 73 (loss of right to object), 74 (immunity of arbitral institutions) and 75 (charge to secure payment of solicitors’ cost) - are mandatory and, consequently, have effect notwithstanding any agreement to the contrary. [s.4(1) AA96].

<sup>42</sup> s.2(2) AA96. Besides, this section provides that sections 9 – 11 (stay of legal proceedings) and section 66 (enforcement of arbitral awards) apply even if the seat has not been designated or determined.

On the other hand, following s.2(3) AA96, where the seat of the arbitration is outside England, Wales and Northern Ireland or no seat has been designated or determined, s.43 (securing the attendance of witnesses) and 44 (court power exercisable in support of arbitral proceeding) might be applicable provided that, in the opinion of the court, it is appropriate to do so. See ‘Departmental Advisory...’ op. cit. para 25.

<sup>43</sup> J. HILL & A. CHONG, *International Commercial Disputes: Commercial Conflict of Laws in English Courts* (4th edn, Hart Publishing 2010) para 24.1.7.

<sup>44</sup> According to s.51(2) AA96, an agreed award is an award which records the settlement agreement of the parties during the arbitral proceedings. As stated in s.51(3) AA96, these awards have the same status and effect as any other award on the merits.

<sup>45</sup> D. SUTTON & J. GILL, *Russell on...* op. cit. paras 8–011. In Australia – whose s.8(2) of the International Arbitration Act 1974 has a similar wording to s.66(1) AA96 – in *Re Resort Condominiums International Inc* [1995] 1 Qd 406 the Court held that interlocutory or procedural orders did not constitute “foreign award” within the meaning of the Act and were consequently not enforceable under that provision.

<sup>46</sup> Peremptory orders are regulated in s.41(5) – (7) of Act. The peremptory order may be made where a party, without showing sufficient cause, fails to comply with an order or direction of the tribunal (s.41(5) AA96). These orders are enforcement measures in respect of existing directions or orders [R.M MERKIN & L. FLANNERY, *Arbitration Act...* op. cit. p. 163–164] and consequently, “a peremptory order must be “to the same effect” as the preceding order which was disobeyed.” [‘Departmental Advisory...’ op. cit. para 209].

The consequence of the failure to comply with a peremptory order is to depend upon the kind of order disobeyed: where the party fail to comply with a peremptory order to provide security for costs, the arbitral tribunal may make an award dismissing his claim [s.41(6) AA96]; on the other hand, where the party fails to comply with any other kind, without prejudice to the possibility to enforce by the court under s.42 AA96, the arbitral tribunal can: (a) direct that the party in default shall not be entitled to rely upon any allegation or material which was the subject matter of the order; (b) draw such adverse inferences from the act of non-compliance as the circumstances justify; (c) proceed to an award on the basis of such materials as have been properly provided to it; and (d) make such order as it thinks fit as to the payment of costs of the arbitration incurred in consequence of the non-compliance. [s.41(7) AA96]

For their enforcement, the Act requires:

- a. That the parties have not excluded from their arbitral proceedings the enforcement of peremptory orders. The wording of s.42(1) AA96 is clear when it provides that “otherwise agreed by the parties, the court may make an order requiring a party to comply with a peremptory order made by the tribunal.” Besides, s.42 AA96 is not among the provisions deemed as mandatory by Schedule 1 of the Act.
- b. An application for the enforcement of the peremptory order made either by the tribunal upon notice to the parties [s.42(2)

### 3. Enforcement under s.66(1) AA96

18. Before being enforced “in the same manner as a judgment or order of the court”<sup>47</sup> is necessary to obtain the permission or leave of the court. This application is usually made without notice to the other party and it must be supported by written evidence<sup>48</sup> and:

- a) Exhibit the arbitration agreement and the original award (or copies)<sup>49</sup>.
- b) State the names and the usual or last known place of residence or business of the claimant and of the person against whom it is sought the enforcement of the award<sup>50</sup>.
- c) And finally, state that either the award has not been complied or the extent to which it has been complied with at the date of the application<sup>51</sup>.

19. Where the leave is so given, all the means to enforce a judgment of the Court are to be available to enforce the award, including worldwide freezing orders<sup>52</sup>. On the other hand, the leave can be restricted only to a part of the award provided that the award is drafted so as to make possible that part of the award to be enforced<sup>53</sup>.

20. The leave of the Court cannot correct possible deficiencies in the award<sup>54</sup>. Besides, it does not amount to a Court order in its right<sup>55</sup>, and consequently, if the losing party dishonours the award enforced such behaviour will not be in contempt of court<sup>56</sup>.

### 4. Enforcement under s.66(2) AA96

21. Once the permission is given, section 66(2) empowers the Court to give a “judgment entered in terms of the award”. This mechanism results in the conversion of the award into a judgment. Hence, it can be said that it permits the enforcement of the judgment made by the court rather than the award made by the arbitral tribunal<sup>57</sup>.

---

(a) AA96] or by any party to the arbitral proceedings with the permission of the tribunal and upon notice to the other parties [s.42(2)(b) AA96]. This permission might not be necessary where the parties have agreed that the powers of the court to enforce peremptory orders under s.42 AA96 shall available in relation to the arbitral proceedings they are involved. “It is possible that the intention behind section 42(2)(c) was that no permission from the tribunal would be required if the parties had positively pre-agreed to allow applications under section 42 (without specifying the conditions). Such positive pre-agreements are fairly rare (unknown to the authors) and are not contained in any of the standard arbitral institutional rules. In practice, the safer option for a party is to seek the tribunal’s permission.” [R.M MERKIN & L. FLANNERY, *Arbitration Act...* op. cit. p. 166]”. The same is suggested by the DAC Report: “The court should have power to order compliance with [peremptory orders], though (unless both parties have agreed) these can only be invoked with the permission of the tribunal” [‘Departmental Advisory...’ op. cit. para 212] -

- c. The applicant must have exhausted any available arbitral process in respect of failure to comply with the tribunal’s order. [s.42(3) AA96]
- d. The person against whom the order was directed has failed to comply with it within the time prescribed in the order or, if not time was specified, within a reasonable time. [s.42(4) AA96]

<sup>47</sup> s.66(1) AA96.

<sup>48</sup> Rule 62.18(6) CPR.

<sup>49</sup> Rule 62.18(6)(a)(i) CPR.

<sup>50</sup> Rule 62.18(6)(b) CPR.

<sup>51</sup> Rule 62.18(6)(c) CPR.

<sup>52</sup> This happened in *Aiglon Ltd & L’Aiglon SA v Gau Shan Co Ltd* [1993] 1 Lloyd’s Rep 164.

<sup>53</sup> In *TTMI Ltd of England v ASM Shipping Ltd of India* [2006] 1 Lloyd’s Rep 401, CLARKE seems “to have assumed that section 66 give to the court a power of partial enforcement of an award.” (*IPCO (Nigeria) Ltd v Nigerian National Petroleum Corporation (No 2)* [2008] 2 Lloyd’s Rep 59 [102]). See C. AMBROSE, H. SUMPTION & K. MAXWELL, *London Maritime...* op. cit. paras 23.35-23.36; H.R DUNDAS, ‘Partial Enforcement of Arbitral Awards’ (2008) 74 *Arbitration* 330.

<sup>54</sup> *Walker v Rowe* [2000] 1 Lloyd’s Rep 116; *Pirtek v Deanswood* [2005] 2 Lloyd’s Rep 728.

<sup>55</sup> “An order allowing the claimant to execute an award as if it was a judgment is comparable to an exequatur as applicable in civil law systems.” (*ED & F Man Sugar Ltd v Lendoudis* [2007] 2 Lloyd’s Rep 579 [33]).

<sup>56</sup> *ASM Shipping Co Ltd of India v TTMI Ltd of England (No 2)* [2007] 2 Lloyd’s Rep 155.

<sup>57</sup> R.M MERKIN/L. FLANNERY, *Arbitration Act...* op. cit. p. 263.



22. The conversion means that the judgment must have the same terms as the award<sup>58</sup>. As it occurs with the leave examined above, the Court cannot introduce any amendment, qualification or correction to the award. This can result in odd situations such as the enforcement of an award which specifies payment within a fixed period of time which has already expired<sup>59</sup>.

23. The mechanism contained in section 66(2) has 3 advantages and a drawback:

a) Advantages:

- i. Since the Court is giving a judgment, section 17 of the Judgments Act 1838 will apply<sup>60</sup>. Thus, where a party does not comply with the Judgment, the Court will be entitled to make an order for the payment of interests payable from the date of conversion of the award<sup>61</sup>.
- ii. According to section 7 of the Limitation Act 1980, the time limit for the enforcement of awards is 6 years. However, it has been suggested that this period may be extended where section 66(2) is triggered and it is sought the enforcement of the judgment<sup>62</sup>.
- iii. Unlike the leave, the failure to honour the judgment entered in terms of the award is to amount to contempt of court<sup>63</sup>.

b) Disadvantage: Due to the merger of the award with the judgment, the latter may no longer be enforceable under international instruments such as the Geneva and the New York Conventions<sup>64</sup>. Nevertheless, this limitation is limited to the English territory<sup>65</sup> and, consequently, the award would still be enforceable as such under these instruments in any other contracting state<sup>66</sup>, provided that it satisfies the relevant conventional conditions for its enforcement<sup>67</sup>.

## 5. Defences and the right to raise an objection:

24. Under the Act and the Model Law, there is a strong presumption as to the validity of the enforceable award<sup>68</sup>. Hence, contrary to what it occurs with the action on the award<sup>69</sup>, “the party who has

<sup>58</sup> In accordance with COOKE : “It is true that section 66 of the Act refers to enforcement of an award in the same manner as a judgment or order of the court to the same effect and that, where leave is so given to do so, “judgment may be entered in terms of the award”. Decision of Aikens J (as he then was), Moore-Bick J (as he then was) and Beatson (as he then was) support the proposition that a judgment so entered must truly be “in terms of the award”, in other words, in identical terms, and I do not think that this is in doubt.” (*Konkola Copper Mines v U & M Mining Zambia (No 2)* [2014] 2 Lloyd’s Rep 649 [100]).

<sup>59</sup> *Colliers International Property Consultants & another v Colliers Jordan Lee Jafaar Sdn Bhd* [2008] 2 Lloyd’s Rep 368.

<sup>60</sup> This provision reads as follows:

“(1) Every judgment debt shall carry interest at the rate of 8 pounds per centum per annum from such time as shall be prescribed by rules of court until the same shall be satisfied, and such interest may be levied under a writ of execution on such judgment.

(2) Rules of court may provide for the court to disallow all or part of any interest otherwise payable under subsection (1).”

<sup>61</sup> *Gater Assets Ltd v NAK Naftogaz Ukrainy* [2008] EWHC 1108 (Comm) [29].

<sup>62</sup> Mr Phillips submits that it would be contrary to public policy to give effect to an action on the judgment. To do so would, he submits, circumvent section 7 of the Limitation Act which precludes the bringing of an action to enforce an award more than six years after the date when the cause of action accrued. I am not persuaded that this is so. The Limitation Act provides a six-year limitation period (in most cases) for claims under an original cause of action, claims to enforce an award, and claims to enforce a judgment. It makes no provision that an action on a judgment may not be brought within six years of the judgment if the judgment is one which gives effect to an award.” (*ED & F Man Sugar Ltd v Lendoudis* [2007] 2 Lloyd’s Rep 579 [53]).

<sup>63</sup> R.M MERKIN/ L. FLANNERY, *Arbitration Act...* op. cit. p. 262.

<sup>64</sup> D. SUTTON/ J. GILL, *Russell on...* op. cit. paras 8–007. “Upon entering judgment, the award merges into the judgment and no longer exists in law.” (C. AMBROSE, H. SUMPTION & K. MAXWELL, *London Maritime...* op. cit. para 23.9).

<sup>65</sup> According to DARMON: “The merger of the award must be regarded as limited to the territory of the court which delivered the judgment and only the award must be taken into account for the purpose of recognition and enforcement in other state.” (*Marc Rich & Co v Società Italiana Impianti PA* Case C-190/89 [1991] ECR I - 3855 [69]).

<sup>66</sup> “The award can therefore be deemed to remain a cause of action for enforcement in other States.” [A. V.D. BERG, *The New York Arbitration Convention of 1958. Towards a Uniform Judicial Interpretation* (1st edn, Kluwer Law International 1981) 347].

<sup>67</sup> J. HILL & A. CHONG, *International Commercial...* op. cit. para 24.6.12.

<sup>68</sup> “The party who has an award is entitled to start from the position of validity.” (*Sovarex SA v Romero Alvarez SA* [2011] EWHC 1661 (Comm) [47]).

<sup>69</sup> In an action on the award, the claimant must show that the arbitrators had substantive jurisdiction. In this sense, the

obtained an award has the benefit of a presumption of validity and it is for the party resisting recognition or enforcement to prove otherwise<sup>70</sup>.

25. Following a House of Lords amendment<sup>71</sup>, the lawmaker opted for not including an enumeration of the grounds to refuse the enforcement. Despite not being exhaustively enlisted, the grounds seem to be limited to the following:

- a) Want of substantive jurisdiction<sup>72</sup>. The act provides that the “leave to enforce an award shall not be given where, or to the extent that, the person against whom it is sought to be enforced shows that the tribunal lacked substantive jurisdiction”<sup>73</sup>.
- b) Defects in form or substance. In order to be enforceable, the award must unambiguously deal with all the issues between the parties.<sup>74</sup> Where the award does not satisfy these requirements, it will be necessary to previously remedy such defects<sup>75</sup>.
- c) Not arbitrable dispute<sup>76</sup>.
- d) Limitation. The Limitation Act 1980 establishes a time limit of 6 years to the action to enforce the awards<sup>77</sup>. This time runs from the date of the breach of the implied obligation to honour the award which arises when the award is made<sup>78</sup>.
- e) Public Policy. Section 81(1)(c) of the Arbitration Act 1996 expressly empowers the court to refuse the recognition and enforcement of the award where this recognition and enforcement would be contrary to the public policy.
- f) State Immunity.

26. On the other hand, similarly to Article 4 of the Model Law, sections 66(3) and 73 of the Act provides that the right to raise an objection can be lost<sup>79</sup>. The Act distinguishes between the party who

---

claimant will have to prove the validity of the arbitration agreement and the award and besides he will have to establish that the dispute was within the terms of the submission and that the arbitrators were duly appointed. See M.J MUSTILL & S.C BOYD, *Commercial Arbitration* (2nd edn, Butterworths Law 1989) 418–419.

<sup>70</sup> *Sovarex SA v Romero Alvarez SA* [2011] EWHC 1661 (Comm) [43].

<sup>71</sup> In words of FRASER OF CARMYLLIE: “The clause as drafted gives a non-exhaustive list of grounds on which leave to enforce an award in the same manner as a judgment shall not be given by the court. The list is non-exhaustive, but we see a danger in specifying only some of the relevant matters. Parties may be led astray by thinking that matters which are not mentioned are not covered. That is not the case. We have given some thought to constructing an exhaustive list, but it would be difficult to be absolutely sure that all matters had been covered. On balance now we think it would be preferable to exclude the list altogether from the Bill. I beg to move.” [Hansard 1803 – Lord Sitting of 18 March 1996 (Series 5 – Vol. 570), p.1880].

<sup>72</sup> s.30 AA96 contains the statutory recognition of the famous principle *kompetenz-kompetenz*. According to this provision, the substantive jurisdiction under the Act is confined to 3 different elements: (a) the validity of the arbitration agreement, (2) the proper constitution of the tribunal and (c) the scope of the arbitration agreement. Apart from sections 30 and 66(3), other provisions which deal with the concept of substantive jurisdiction are: s.31, 32, 67 and 72.

<sup>73</sup> s.66(3) AA96.

<sup>74</sup> C. AMBROSE/H. SUMPTION/ K. MAXWELL, *London Maritime...* op. cit. para 23.27.

<sup>75</sup> Unless otherwise agreed by the parties [s.57(1) AA96], under the Act, the correction of the award so as to clarify or remove any ambiguity can be made by the tribunal on its own initiative or on the application of a party to the arbitral proceedings. [s.57(2)(a) AA96] In this situation, the correction shall be made by the tribunal within 28 days after the reception of the application or, where the correction is made by the tribunal on its own initiative, within 28 days after the award was made. [s.57(5) AA96] In both cases, the correction is to form part of the award. [s.57(7) AA96] Similar rules can be found on Art. 36 of the ICC Rules or Art.33 of the Unictral in the Model Law on Commercial Arbitration.

<sup>76</sup> Are not arbitrable disputes whose subject matter is a matter of law not justiciable – see *O’Callaghan v Coral Racing Ltd* [1998] App LR 11/19 (CA) for a case involving unenforceable wager or *Beijing Jianlong Heavy Industry Group v Golden Ocean Group and others* [2013] EWHC 1063 for a case of illegality – or disputes not capable of private resolution because they involved the rights of children, criminal law or inalienable statutory rights – see *Exeter City AFC v Football Conference Ltd* [2004] 4 All ER 1179 regarding the inalienable rights of the parties in the bankruptcy of a company -.

<sup>77</sup> s.6 of the Limitation Act 1980.

<sup>78</sup> C. AMBROSE/ H. SUMPTION/ K. MAXWELL, *London Maritime...* op. cit. para 23.28.

<sup>79</sup> Contrary to the Model Law, the Act requires “a party to the arbitration proceedings who has taken part or continued to take part without raising the objection in due time, to show that at that stage he neither knew nor could with reasonable diligence have discovered the grounds for his objection (the latter being an important modification to the Model Law, without which one would have to demonstrate actual knowledge, which may be virtually impossible to do).” [‘Departmental Adviso-

decides to take part in the proceedings and the one who decides not to do so. Whereas the latter unlimitedly conserves its right to challenge the award on any ground<sup>80</sup>, the former's right will be restricted to the objections already risen during the proceedings and to those ones either unknown or which could not have been discovered with reasonable diligence at that time<sup>81</sup>. The intention of the act is to avoid obstructive behaviours which might seek to delay proceeding or to avoid honouring the award<sup>82</sup> by requiring the parties "to "put up or shut up" if a challenge is to be made"<sup>83</sup>.

### III. Use of s.66 AA96 against torpedo actions

#### 1. A shield judgment against a Torpedo Action

27. The following case illustrates the scenario which is to be examined in this section: X – a Spanish company – and Y – a Welsh company – enters into a "CIF Swansea" contract which incorporates an agreement to arbitrate in Belfast with English law to apply all the disputes which might arise under the contract. Whereas Y commences the arbitral proceedings in Belfast, X rejects the validity of the arbitration agreement and, instead of challenging the jurisdiction of the tribunal before the own tribunal, it opts for bringing in the dispute before the Spanish courts asserting the nullity of the arbitration agreement and the judicial jurisdiction on the dispute in accordance with Brussels I Bis Regulation.

28. In this context, a "*torpedo action*" is an action brought in breach of an arbitration agreement before a European Court with the intention to obtain a relief not only more favourable than the one likely to be granted by the arbitral tribunal but also capable of being recognised and enforced in any other member state under the privileged system provided by Brussels I Bis Regulation.

29. This conduct misuses the European framework on the recognition and enforcement of judgments in civil and commercial matters in order to demolish the binding nature of the arbitration agreement. In bad faith, the claimant seeks to avoid the adverse consequences which might stem from arbitration by asserting the competence of a more favourable jurisdiction.

30. Unlike the so-called "*Italian Torpedos*"<sup>84</sup>, this action is not based upon the *Lis Pendens* rule, but upon the arbitration exception<sup>85</sup>. Following the previous European legislation, Article 2(1)(d) of Brussels I Bis Regulation provides that the regulation shall not apply to arbitration and Paragraph 3 of Recital 12, delimitating the scope of this exception, remarks that "where a court of a Member State, exercising jurisdiction under the Regulation or under national law, has determined that an arbitration agreement is null and void, inoperative or incapable of being performed, this should not preclude that court's judgment on the substance of the matter from being recognised or, as the case may be, enforced

---

ry...’ op. cit. para 297).

<sup>80</sup> s.72 AA96.

<sup>81</sup> s.73(1) AA96.

<sup>82</sup> ‘Departmental Advisory...’ op. cit. para 297.

<sup>83</sup> ‘Departmental Advisory...’ op. cit. para 105. “The broad effect of [s.73 AA96] is to prevent a party from relying upon its right to challenge any aspect of the proceedings or the award for want of jurisdiction or irregularity, if it has participated in the proceedings with (actual or constructive) knowledge of the problem, but without having registered an objection promptly.” (R.M MERKIN & L. FLANNERY, *Arbitration Act...* op. cit. p. 358).

<sup>84</sup> “A person who has just reason to believe he might soon be accused of infringement and be summoned in a Contracting State with a cross-border injunction has the possibility to initiate proceedings in another State asking for a declaration of non-infringement with effect throughout Europe in the countries where he may be attacked; thus paralysing the cross-border injunction. (...) [This] strategy is commonly known as the "*Italian torpedo*".” (V. JANDOLI, ‘The “Italian Torpedo” [2000] 31 International Review of Intellectual Property and Competition Law 783, 788).

<sup>85</sup> For a deep analysis of the situation of ‘*Italian Torpedos*’ under the Brussels I Bis Regulation see I. BERGSON, ‘The Death of the Torpedo Action? The Practical Operation of the Recast’s Reforms to Enhance the Protection for Exclusive Jurisdiction Agreements within the European Union’ (January 2, 2015) 11 Journal of Private International Law 1.

in accordance with this Regulation<sup>86</sup>. This follows the doctrine previously established by the European Court of Justice in the *Marc Rich* case<sup>87</sup>.

**31.** What can the counterparty to an English arbitration agreement do against an action of this kind? As it was previously referred, the decision adopted in *The Front Comor*<sup>88</sup> has severely limited his options. In ordinary circumstances, it would be suggested to claim before the seized court for a stay of the proceedings; however, it is likely that the party in breach of the arbitration agreement has taken this possibility into account and sought a jurisdiction where the stay is likely to be dismissed. Thus, his best defence is to move as quickly as possible in order to get a ruling from the arbitral tribunal declaring its own jurisdiction on the dispute which can subsequently be converted into a judgment under section 66<sup>89</sup>. In this way, the recognition and enforcement in England of the later judgment which the member state court might render after holding the invalidity of the arbitration clause will find an impediment: the defence contained on Art.45(1)(c) of Brussels I Bis.

**32.** Out of this defensive strategy at least 3 questions which are to be examined in the following lines arise:

- a) Is it possible under English law to enforce a declaratory award?
- b) Is the English court compelled to enforce the declaratory award or it has otherwise discretion to do so?
- c) And finally, in accordance with the Brussels I Bis Regulation, are the English decisions made pursuant to sections 66(1) and (2) an effective shield against the recognition and enforcement of the judgment made by the member state court?

## 2. Enforcement of declaratory awards under English law:

**33.** Although this practice has been historically controversial, cases such as *Kohn v Wagschal & Others*<sup>90</sup> demonstrate that English Courts use section 66 to enforce declaratory awards.

<sup>86</sup> Contrary to what the United Kingdom expressed at the time of the negotiations for its adhesion to the Brussels Convention “Proceedings before a court are not excluded from the scope of the Regulation just because they are, in the view of other Member States, covered by an arbitration agreement. The fact that the court of origin took jurisdiction after deciding that an arbitration agreement was invalid or inapplicable does not disentitle the resulting judgment from recognition and enforcement under the Regulation.” (T.C HARTLEY, ‘The Brussels I Regulation and Arbitration’ *International & Comparative Law Quarterly* 859).

<sup>87</sup> In *Marc Rich & Co v Società Italiana Impianti PA* a Swiss bought oil from an Italian Seller. The Oil became contaminated and a dispute arose about who was liable. The seller sought a declaration of non-liability in Italy and the Buyer commenced arbitral proceedings in London. Since the seller refused to take part in the proceedings, the buyer asked English courts to appoint the arbitrator, as well as permission to serve the proceedings out of the jurisdiction. Both orders were granted, and the seller argued that the dispute fell within the scope of Brussels Convention and that the competent courts were the Italian, not the British. Consequently, the seller claimed for setting aside the order. The court held that “if by virtue of its subject-matter (...) a dispute fall outside the scope of the Convention, the existence of a preliminary issue which the court must resolve in order to determine the dispute cannot, whatever that issue may be, justify the application of the Convention” (ibid 26). Since the subject-matter of the dispute was the appointment of an arbitrator, the Court concluded that the case fell within the exception. (ibid 29). See J. HILL & A. CHONG, *International Commercial...* op. cit. p. 71–72; Z.S. TANG & N. DOWERS, ‘Arbitration in EU Jurisdiction Regulation: Brussels I Recast and a New Proposal’ (2015) 3 *Groningen Journal of International Law* 125, 137.

<sup>88</sup> *West Tankers Inc v Allianz SpA & Generali Assicurazione Generali SpA* [2009] ECJ - C-185/07.

<sup>89</sup> There are other alternatives routes to get a judgment declaring the jurisdiction, but they are less preferable: “either via a section 32 jurisdictional ruling (with a tribunal’s permission) (...) or in the context of, for example, an application under section 18 (if challenged on jurisdiction) or section 44 (ditto).” (R.M MERKIN & L. FLANNERY, *Arbitration Act...* op. cit. p. 287–288).

<sup>90</sup> *Kohn v Wagschal & Others* [2006] EWHC 3356 (Comm). In this case, some heirs – the daughters and the son of Mr. Is Kohn - were unable to agree on the distribution of the inheritance and agreed to arbitrate their disputes before the Beth Din applying Jewish Law. The deceased had put some shares into the names of his daughters, who were unaware of this fact and had never received any dividend from them. The tribunal had to decide whether these shares were a gift to his children during his lifetime – which meant that each one of the children were entitled to 20% of the shares – or, on the contrary, they remained as part of the deceased’s estate until his death – which meant that in accordance with Jewish Law, on death the shares would pass to the son - . The lack of intention by the Deceased to gift the shares was demonstrated and the Tribunal concluded that the shares had been put into the names of the daughters with the intention to move these shares out of the reach of the widow and

**34.** The controversy starts with *Margulies Brothers Ltd v Dafnis Thomaidis & Co (UK) Ltd*<sup>91</sup>. In this case, the Court of Appeal held that an award granting the set-off of certain contracts and the payment of the difference among them could not be enforced as a judgment under former section 26 of the Arbitration Act 1950. Although the words of Lord Evershed<sup>92</sup> could result in the unenforceability of a declaratory award, in that case, the uncertainty and ambiguity rendered the award incapable of being enforced, not its declaratory form.<sup>93</sup>

**35.** In *Tongyuan (USA) International Trading Group v Uni-Clan Ltd*<sup>94</sup>, Moore-Bick following the *Margulies Brothers Ltd* case firstly recognised that an award formulated in purely declaratory terms cannot be enforced<sup>95</sup>; however, subsequently, he added that a declaratory award “framed in terms which would make sense if those were translated straight into the body of a judgment” could be enforced<sup>96</sup>.

**36.** Ten years later, the limits of this view were tested in *West Tankers Inc v Allianz SpA & Generali Assicurazione Generali SpA*<sup>97</sup>. In this case, a charterparty between the claimant – the owner of the vessel “*Front Comor*” – and Erg Petrol SpA – the charterer, subrogated in the proceedings by its insurers – incorporated an arbitration clause which stipulated that all the disputes arising out of the charter were to be referred to arbitration in London with English Law to apply.

**37.** A collision between the vessel and a pier owned by the charterer caused extensive damage rendering the berth unusable for a long period. Whereas the owner referred his claims regarding this incident to arbitration, the defendants brought theirs against the owner in the courts of Italy.

**38.** On 21<sup>st</sup> March 2005, an anti-suit injunction restraining the defendants to resume the judicial proceedings in Italy was granted. On the other hand, on 12<sup>th</sup> November 2008, the arbitral tribunal found that the owners were under no liability to the defendants for the damages caused by the collision.

**39.** Despite this award, the Defendants continued the proceedings brought in Italy. The claimant – concerned with the fact that the Defendants could obtain a judgment in their favour which subsequently could be enforced in England under the Brussels Regulation<sup>98</sup> – sought the conversion of the award into a judgment under section 66. His thinking was that, in accordance with Article 34(3) of Brussels I Regulation, such conversion would preclude English Courts from recognising an irreconcilable potential Italian judgment. In addition, he thought that the existence of the English judgment would render the recognition of the future Italian judgment contrary to the public policy in England and Wales, and consequently, he could shield himself behind the exception contained in Article 34(1) of Brussels I.

---

to avoid inheritance taxes. Consequently, the tribunal declared that the shares belonged to the son who then obtained an order from the High Court under s.66 AA96 to enforce the award in the same manner as a judgment or order of the court. Despite the application to set aside the order made by the Daughter, Morison J upheld the order of the High Court and the award declaring the son as heir of the shares was enforced.

<sup>91</sup> [1958] 1 Lloyd’s Rep 205.

<sup>92</sup> “You cannot enforce a document which merely says by way of declaration (in effect) that certain contracts with three numbers should be set against certain other contracts with three other numbers and that [the defendant] ought to pay the difference between them.” [*Margulies Brothers Ltd v Dafnis Thomaidis & Co (UK) Ltd* [1958] 1 Lloyd’s Rep 205 207].

<sup>93</sup> *African Fertilizers and Chemicals NIG Ltd v BD Shippersnavo GmbH & Co Reederei KG* [2011] EWHC 2542 (Comm) [22]. As MOORE-BICK said in the *Margulies Brothers Ltd* case the Court of Appeal concluded that, not only the award was not an award for a sum certain, but also, it was an unenforceable award “because it did not make its effect sufficiently clear.” (*Tongyuan (USA) International Trading Group v Uni-Clan Ltd* (2001) QDB (Comm) [8]).

<sup>94</sup> (2001) QDB (Comm).

<sup>95</sup> “An award which is effectively couched in purely declaratory terms cannot be enforced as a judgment.” [*Tongyuan (USA) International Trading Group v Uni-Clan Ltd* (2001) QDB (Comm) [8]].

<sup>96</sup> *ibidem*.

<sup>97</sup> *West Tankers Inc v Allianz SpA & Generali Assicurazione Generali SpA* [2011] EWHC 829 (Comm) and *West Tankers Inc v Allianz SpA & Generali Assicurazione Generali SpA* [2012] EWCA Civ 27.

<sup>98</sup> Council Regulation (EC) No. 44/2001 of 22 December 2000 on jurisdiction and the recognition and enforcement of judgments in civil and commercial matters.

40. Apart from the fact that, as it was referred before, this case resulted in the infamous decision on the incompatibility of the anti-suit injunctions with the European regulation<sup>99</sup>, it demonstrates that the enforcement of a declaratory award is possible under the Arbitration Act.

41. Undoubtedly, the enforcement of declaratory awards seems to be contrary to the ordinary and natural meaning of the enforcement. A declaratory decision “decides some questions as to the respective rights and obligations of the parties”<sup>100</sup>, but it does not compel a party to do or not to do something<sup>101</sup>. However, in the opinion of the Court of Appeal, the impossibility to use the ordinary methods of execution provided under the CPR<sup>102</sup> does not result in the impossibility to give judicial force to a declaratory award on the same footing as a judgment<sup>103</sup>. This broader interpretation of the term “enforcement” is deemed by the court as “closer to the purpose of the [Arbitration] Act and makes better sense in the context of the way in which arbitration works”<sup>104</sup>.

42. Following the interpretation made in *Tridon Australia Pty Ltd v ACD Tridon Inc (Incorporated in Ontario)*<sup>105</sup> by the New South Wales Court of Appeal of a provision whose wording was similar to section 66<sup>106</sup>, the High Court of Justice held that “The purpose of sections 66(1) and (2) is to provide a mean by which the victorious party in an arbitration can obtain the material benefit of the award in his favour (...) Where the award is in the nature of a declaration and there is no appreciable risk of the losing party obtaining an inconsistent judgment in a member state which he might try to enforce within the jurisdiction, leave will not generally stand to be granted because the victorious party will not thereby obtain any benefit which he does not already have by virtue of the award per se. (...) Where, however, as here, the victorious party’s objective in obtaining an order under s.66((1) and (2) is to establish the primacy of a declaratory award over an inconsistent judgment, the court will have jurisdiction to make an s.66 order because to do so will be to make a positive contribution to the securing of the material benefit of the award.”<sup>107</sup> This judgment and reasoning of Field J were unanimously upheld later by the Court of Appeal<sup>108</sup>.

43. In *African Fertilizers and Chemicals NIG Ltd v BD Shipsnavo GmbH & Co Reederei KG*<sup>109</sup>, a bill of lading incorporated a London arbitration clause from a charterparty. The claimant had to carry the defendant’s cargo from Constanta in Romania to Lagos in Nigeria. The dispute arose out of the grounding of the vessel off Kythira Island when General Average was declared. Although the arbitration had to take place in London, the defendant commenced arbitration and judicial proceedings in Romania. Meanwhile, an English Court gave the claimant, under section 66, permission to enforce a declaratory arbitral award and to enter judgment against the defendant, and the defendant applied to the High Court to set aside that order on the ground that an award made in purely declaratory terms could not be enforced<sup>110</sup>.

44. With the enforcement of the award, the Shipowner sought to obtain an English judgment which according to Article 34(3) of Brussel I Regulation would prevent the recognition of an irreconcilable subsequent judgment of the Romanian court.

<sup>99</sup> *West Tankers Inc v Allianz SpA & Generali Assicurazione Generali SpA* [2009] ECJ - C-185/07

<sup>100</sup> *West Tankers Inc v Allianz SpA & Generali Assicurazione Generali SpA* [2011] EWHC 829 (Comm) [22].

<sup>101</sup> *ibidem* [19] and [22].

<sup>102</sup> *ibidem* [25].

<sup>103</sup> *ibidem* [35].

<sup>104</sup> *ibidem* [36].

<sup>105</sup> *Tridon Australia Pty Ltd v ACD Tridon Inc (Incorporated in Ontario)* [2004] NSWCA 146 [11].

<sup>106</sup> Section 33(1) of the Commercial Arbitration Act 1984 reads as follows: “An award made under an arbitration agreement may, by leave of the Court, be enforced in the same manner as a judgment or order of the Court to the same effect, and where leave is so given judgment may be entered in terms of the award.”

<sup>107</sup> *West Tankers Inc v Allianz SpA & Generali Assicurazione Generali SpA* [2011] EWHC 829 (Comm) [28].

<sup>108</sup> *West Tankers Inc v Allianz SpA & Generali Assicurazione Generali SpA* [2012] EWCA Civ 27 [39]–[41].

<sup>109</sup> *African Fertilizers and Chemicals NIG Ltd v BD Shipsnavo GmbH & Co Reederei KG* [2011] EWHC 2542 (Comm).

<sup>110</sup> *ibidem* [1] - [2].

45. Like in the *West Tankers Inc* case, Beatson held that “the mere fact that the award is declaratory in nature need not offend the requirement that, for the purposes of section 66 of the 1996 Act, a judgment in the form of the award entered by the leave of the Court must be capable of enforcement by one of the available methods of execution”<sup>111</sup>. Consequently, the Court dismissed the defendant’s application to set aside the order to enforce the declaratory award.

### 3. Discretion to enforce the declaratory award:

46. Like the New York Convention<sup>112</sup>, the language of sections 66(1) and (2) is permissive<sup>113</sup> and the use of the term “may” results in the recognition of the discretion of the Court whether or not to enforce the award<sup>114</sup>.

47. The discretion is wide and it must be exercised in the interest of justice, embracing issues such as the utility of a declaratory judgment<sup>115</sup>. Thus, the enforcement under these sections is not automatic<sup>116</sup> and the court must value the circumstances of the case and determine whether it is appropriate or not to enforce the award<sup>117</sup>.

48. In *Nomihold Securities Inc v Mobile Telesystems Finance SA*<sup>118</sup>, the Claimant had sold to the Defendant 51% of the shares of a company by a Share Purchase Agreement. The dispute arbitrated by the London Court of International Arbitration (LCIA) was whether the Claimant was entitled to exercise its put option to sell to the Defendant the balance of 49% of the shares under the Put Option Agreement. The Arbitrators concluded that the Claimant was entitled to sell the shares for the agreed purchase price plus damages. The enforcement of the award was granted and then challenged on the ground that the debtor had no assets within the Jurisdiction and, therefore, there was no legitimate interest in exercising the discretion of section 66 as to enforce the award in England.

49. In accordance with the opinion of Burton, unlike monetary award whose enforcement is a straightforward operation, declaratory awards can only be enforced under section 66 when there is any utility or legitimate interest in such enforcement<sup>119</sup>. However, this does not amount to place the onus of proving the utility or legitimate interest on the claimant<sup>120</sup>; on the contrary, the lack of utility or legitimate interest must be raised by the Defendant when the Court considers the objection to the enforcement<sup>121</sup>.

<sup>111</sup> *ibidem* [15].

<sup>112</sup> In *Dardana Ltd v Yukos Oil Company* [2002] EWCA Civ 543, MANCE held that Art.V(1) does not introduce an open or arbitrary discretion. In his view, the use of the term “may” intends to enable the court to consider other circumstances which might affect the *prima facie* right of the Defendant to have the enforcement of the award rejected where one or more of the grounds enlisted in Art.V(1) NYC have been proved. On the other hand, in *Kanoria & Others v Guinness* [2006] EWCA Civ 222, MAY held that the scope of this discretion was restricted to those defects which reveals serious infractions in the arbitration and the award. Besides, COLLINS in *Dallah Real Estate and Tourism Holding Company v The Ministry of Religious Affairs of Pakistan* [2010] UKSC 46 held that such discretion should be applied in a way which gives effect to the principles behind the convention.

This recognition of the discretion and the delimitation of its scope of application were applied in *Yukos Capital SARL v OJSC Rosneft Oil Company* [2014] EWHC 2188 (Comm) and in *Nikolay Viktorovich Maximov v OJSC Novolopetsky Metalurgickesky Kombinat* [2017] EWHC 1911. In both cases, English Courts opted for enforcing the award despite the proof of one of the defences of Art.V(1) NYC.

<sup>113</sup> *West Tankers Inc v Allianz SpA & Generali Assicurazione Generali SpA* [2011] EWHC 829 (Comm) [38].

<sup>114</sup> *London Steam Ship Owners Mutual Insurance Association Ltd v The Kingdom of Spain & The State of France* [2013] EWHC 3188 (Comm) [182].

<sup>115</sup> *ibidem* [183].

<sup>116</sup> R.M MERKIN & L. FLANNERY, *Arbitration Act...* op. cit. p. 264. In words of TOULSON: It is not “an administrative rubber-stamping exercise”. (*West Tankers Inc v Allianz SpA & Generali Assicurazione Generali SpA* [2012] EWCA Civ 27 [38])

<sup>117</sup> *West Tankers Inc v Allianz SpA & Generali Assicurazione Generali SpA* [2012] EWCA Civ 27 [38].

<sup>118</sup> [2011] EWHC 2143 (Comm).

<sup>119</sup> *Nomihold Securities Inc v Mobile Telesystems Finance SA* [2011] EWHC 2143 (Comm) [37].

<sup>120</sup> *ibidem* [38].

<sup>121</sup> *ibidem* [39].

50. Following *West Tankers Inc*, since there were in parallel enforcement proceedings elsewhere, the Court found “appropriate for the Claimant to say that there is a legitimate interest in obtaining a decision first from the supervising court”<sup>122</sup> and upheld the decision to enforce the award as a judgment<sup>123</sup>.

51. Similarly, in *London Steam Ship Owners Mutual Insurance Association Ltd v The Kingdom of Spain & The French State*<sup>124</sup>, a P&I Club sought permission pursuant to section 66 to enforce two declaratory awards of non-liability as judgments and/or to have judgments entered in their terms. The Club’s objective was to obtain an English judgment which would take primacy over any potential inconsistent Spanish judgment<sup>125</sup>. The Defendants resisted the application to enforce this award as a matter of jurisdiction – on the ground that they have state immunity – and as a matter of discretion<sup>126</sup>.

52. Having concluded that the state immunity had been lost pursuant to section 9(1) of the State Immunity Act 1978, Hamblen followed *West Tankers Inc* and *African Fertilizers and Chemical NIG Ltd (Nigeria)* and concluded that the possibility to establish the primacy of the arbitral award over any inconsistent judgment which could be rendered in Spain represented a clear utility in the interest of justice and consequently the discretion had to be exercised to grant the leave of the court<sup>127</sup>.

#### 4. Judgment Shield vs Regulation Judgment:

53. Brussels I Bis introduced Recital 12 as a guide as how the arbitration exception<sup>128</sup> is intended to operate<sup>129</sup>. Instead of introducing changes tackling some of the issues which had arisen concerning the relation between the European Regulation and Arbitration, the lawmaker opted for introducing a recital summarizing the doctrine about the delimitation of the exception established by European authorities throughout history. It goes without saying that by doing so, the lawmaker missed an opportunity to introduce changes which could have increased the attractiveness and effectiveness of arbitration as a method to resolve private disputes within the European Union.

54. Under the Regulation, the efficiency of the kind of “*torpedo action*” examined above depends upon whether the decision of English Courts to enforce the declaratory award can be regarded as a judgment which would allow the enforcing party to resist the enforcement of any inconsistent judgment rendered by the courts of any other state member<sup>130</sup>.

55. For the purposes of Brussels I Bis Regulation, a judgment means “any judgment given by a court or tribunal of a Member State, whatever the judgment may be called, including a decree, order, decision or writ of execution, as well as a decision on the determination of costs or expenses by an officer of the court”<sup>131</sup>.

56. Either the leave to enforce the arbitral award in the same manner as a judgment or order of the court<sup>132</sup> or the judgment entered in terms of an award<sup>133</sup> satisfy this definition of judgment. However,

<sup>122</sup> *ibidem* [46].

<sup>123</sup> *ibidem* [92].

<sup>124</sup> [2013] EWHC 3188.

<sup>125</sup> *London Steam Ship Owners Mutual Insurance Association Ltd v The Kingdom of Spain & The State of France* [2013] EWHC 3188 (Comm) [186].

<sup>126</sup> *ibidem* [11].

<sup>127</sup> *ibidem* [188].

<sup>128</sup> Art.1(2)(d) Brussels I Bis Regulation.

<sup>129</sup> R.M MERKIN & L. FLANNERY, *Arbitration Act...* op. cit. p. 283–284.

<sup>130</sup> Art.45(1)(c) Brussels I Bis Regulation and Art. 34(3) of the Brussels I Regulation.

<sup>131</sup> Art.2(a) Brussels I Bis Regulation. For an analysis of this provision see: P. MANKOWSKI & M. ULRICH, *Volume 1 Brussels I Bis Regulation - Commentary* (1st edn, Otto Schmidt KG : Sellier European Law Publishers 2016) 88–94.

<sup>132</sup> s.66(1) AA96.

<sup>133</sup> s.66(2) AA96.



none of them would fall within the scope of the European Regulation: the former because the Fourth Paragraph of Recital 12 establishes that “The Regulation should not apply to (...) any judgment concerning the (...) enforcement of an arbitral award.”; and the latter because in the Second Paragraph of Recital 12 provides that a judgment “given by a court of Member State as to whether or not an arbitration agreement is null and void, inoperative or incapable of being performed should not be subject to the rules of recognition and enforcement laid down in this Regulation, regardless of whether the court decided on this as a principal issue or as an incidental question”.

57. Nevertheless, it has been suggested that Article 45(1)(c) of the Regulation does not require the judgment of the enforcing country to be a Regulation Judgment, and therefore, either the leave, or the judgment entered in terms of the award could be used in England to resist the enforcement of any inconsistent judgment rendered in a member state in breach of the arbitration agreement<sup>134</sup>. This view is supported by Waller LJ in *The Wadi Sudr*<sup>135</sup> where he stated: “Might it make any difference if the English court had already granted a declaration that an arbitration clause was incorporated before the court of a member state considers whether to grant a stay? If in such circumstances a stay were refused by the court of a member state then the question might arise as to whether the English court should recognise the judgment (...) In such a case, the claimant in England could proceed with the arbitration in England so as to obtain a judgment in England; if that were inconsistent with the judgment obtained in the member state then that would provide an answer on its own (see Art.34(3) [of former Brussels I Regulation])”<sup>136</sup>

58. Following this dictum<sup>137</sup>, in *African Fertilizers and Chemicals NIG Ltd*, Beatson assumed that the judgment entered in terms of the award constituted a judgment within the meaning of former Article 34 of Brussels I - current Art.45(1)(c) of Brussels I Bis regulation -. In this case, the defendant argued that in the light of *Solo Kleinmotoren GmbH v Emilio Boch*<sup>138</sup> the judgment entered in terms of the award did not constitute a judgment within the meaning of the regulation because it is a simply mechanism for summary enforcement which does not involve any consideration by the Court of the issues between the parties.<sup>139</sup> The Court dismissed this submission distinguishing *Solo Kleinmotoren GmbH* on the ground that it was a case about a court-approved settlement which, according to the own ruling of the European Court of Justice, was essentially contractual<sup>140</sup>, whilst the outcome of arbitration and the contents of the award are not consensual.<sup>141</sup>

59. It could be argued that the judgment required by Article 45(1)(c) is a Regulation Judgment, or in other words, a court decision which satisfy the definition of Art.2(a) and which falls within the scope of the Regulation. However, this construction of Article 45(1)(c) must be dismissed for the following reasons:

- a) Firstly, it is unsound with the literal wording of the provision – the provision reads as follows: “If the judgment is irreconcilable with a judgment given between the same parties in the Mem-

<sup>134</sup> R.M MERKIN & L. FLANNERY, *Arbitration Act...* op. cit. p. 287. The same conclusion is held by other authors: “The scope of Art. 45 is broader than that of Arts. 29 to 32 because the decision in conflict with the judgment whose recognition is sought, may fall outside the scope of the Regulation, either because it was rendered in a third state – for Art. 45(1)(d) – or because it covers subjects excluded from the material scope of the Regulation – for Art.45(1)(c) and (d).” (P. MANKOWSKI & M. ULRICH, *Volume 1...* op. cit. p. 919).

<sup>135</sup> *National Navigation Co v Endesa Generacion Sa (The Wadi Sudr)* [2009] EWCA Civ 1397.

<sup>136</sup> *ibidem* [63].

<sup>137</sup> *African Fertilizers and Chemicals NIG Ltd v BD Shipsnavo GmbH & Co Reederei KG* [2011] EWHC 2542 (Comm) [28(b)].

<sup>138</sup> “It follows from the foregoing that in order to be a “judgment” for the purposes of the Convention, the decision must emanate from a judicial body of a Contracting State deciding on its own authority on the issue between the parties” (*Solo Kleinmotoren GmbH v Emilio Boch* [1994] C-414/92 [17]).

<sup>139</sup> *African Fertilizers and Chemicals NIG Ltd v BD Shipsnavo GmbH & Co Reederei KG* [2011] EWHC 2542 (Comm) [9].

<sup>140</sup> *Solo Kleinmotoren GmbH v Emilio Boch* [1994] C-414/92 [18].

<sup>141</sup> *African Fertilizers and Chemicals NIG Ltd v BD Shipsnavo GmbH & Co Reederei KG* [2011] EWHC 2542 (Comm) [28(a)].

ber State addressed” (emphasis added) –. Had the lawmaker intended to restrict Art.45(1)(c) to Regulation Judgments, it would have expressly established this condition<sup>142</sup>.

- b) Secondly, in the *Solo Kleinmotoren GmbH* case, the Court held that the definition of “judgment” established in Article 2(a) of the Regulation applies to all the provisions in which that term is used<sup>143</sup> and, as it was referred above, in order to be considered a judgment, this definition does not require the decision of the court to be on a matter covered by the Regulation. Therefore, the fact that only the judgments on civil and commercial matters not excluded by Art.1(2) are to benefit from the recognition and enforcement which the Regulation provides<sup>144</sup> does not mean that others judicial decisions are not deemed as judgments as well.
- c) Thirdly, since the grounds to refuse the recognition and enforcement of a judgment constitutes obstacles to the free movement of judgments, they must be interpreted strictly<sup>145</sup>. Certain manipulation of the provisions’ verbatim might be admissible provided that the manipulation is sound with the Regulation; however, establishing that under Art.45(1)(c) “a judgment” is a decision which not only must meet the requirements of Art.2(a), but also fall within the scope of the Regulation, it is not an acceptable manipulation but the creation of an autonomous definition of the term “judgment” for the purposes only of Art.45(1)(c).

**60.** Consequently, regarding the position of the complying party to an English arbitration clause, the decisions adopted by English courts pursuant to section 66 could have two effects: firstly, under Article 45(1)(c) of Brussels I Bis, they would entitle the party to resist in England the enforcement of any inconsistent judgment rendered later in another member state<sup>146</sup>; but also, they could have a preclusive effect<sup>147</sup> in the jurisdiction where the party in breach commenced the judicial proceedings provided that such jurisdiction “recognises any principle similar to English principle of issue estoppel”<sup>148</sup>.

**61.** Similarly, since Article 45(1)(d) of Brussels I Bis does not require the irreconcilable judgment given in another Member state to be on a matter covered by the Regulation, it can be concluded that the decisions adopted by English Courts, albeit not recognisable in any other member state under the Regulation<sup>149</sup>, could instead be used to resist the enforcement of the Regulation Judgment in other

<sup>142</sup> “[This] must have been intentional, as there could be many non-Regulation judgments given by the courts in one country (e.g. in relation to insolvency proceedings, which are excluded by Art. 1.2(b)) that might be inconsistent in some material way with a latter incoming judgment between the same parties.” [R.M MERKIN & L. FLANNERY, *Arbitration Act...* op. cit. p. 287]

<sup>143</sup> *Solo Kleinmotoren GmbH v Emilio Boch* [1994] C-414/92 [15] and [20].

<sup>144</sup> P. MANKOWSKI & M. ULRICH, *Volume 1...* op. cit. p. 88.

<sup>145</sup> *Solo Kleinmotoren GmbH v Emilio Boch* [1994] C-414/92 [20]. In this sense, “it must be emphasized that [the exceptions contained in Art.45(1) of Brussels I Bis] are interpreted strictly and, even when applicable, are construed narrowly.” [J. FITCHEN, ‘Enforcement of Civil and Commercial Judgments under the New Brussels I Regulation (Regulation 1215/2012)’ (2015) 26 *International Company and Commercial Law Review* 145].

<sup>146</sup> “El art.45.1.c) RB I-bis se refiere a una “resolución dictada entre las mismas partes en el estado miembro requerido”, por lo que una resolución dictada en estado miembro por la que se otorga validez y eficacia a un laudo arbitral es una “resolución (art. 2.a RB I-bis) que puede detener el reconocimiento de una resolución dictada en otro estado miembro.” (A.L. CALVO CARAVACA, J. CARRASCOSA GONZÁLEZ & C. CAAMIÑA DOMINGUEZ, *Litigación Internacional...* op. cit. p. 577). Similarly, “if the award is, however, incorporated into a national judgment of the requested state, Art.45(1)(c) could apply and lead to refusing the enforcement of the judgment rendered in another member state.” (P. MANKOWSKI & M. ULRICH, *Volume 1...* op. cit. p. 922).

<sup>147</sup> *Sovarex SA v Romero Alvarez SA* [2011] EWHC 1661 (Comm) [57].

<sup>148</sup> *Dallah Real Estate and Tourism Holding Company v The Ministry of Religious Affairs of Pakistan* [2010] UKSC 46 [29]. In accordance with DIPLOCK “In English Law when a plaintiff who, basing his claims on a particular set of facts, has already sued the defendant to final judgment in a foreign Court of competent jurisdiction and lost, then seeks to enforce a cause of action in an English Court against the same defendant based on the same set of facts, the defendant’s remedy against such double jeopardy is provided by the doctrine of issue estoppel.” (*The Sennar (No2)* [1985] 1 Lloyd’s Rep 521 523). Hence, as established by BRANDON OF OAKBROOK: “In order to create an estoppel of that kind, 3 requirements have to be satisfied. The first requirement is that the judgment in that earlier action on as creating an estoppel must be (a) of a Court of competent jurisdiction, (b) final and conclusive and (c) on the merits. The second requirement is that the parties (or privies) in the earlier action relied on as creating an estoppel and those in the later action in which that estoppel is raised as a bar, must be the same. The third requirement is that the issue in the later action, in which the estoppel is raised as a bar, must be the same issue as the decided by the judgment in the earlier action”. [*ibidem* p. 526].

<sup>149</sup> *Sovarex SA v Romero Alvarez SA* [2011] EWHC 1661 (Comm) [57].

European jurisdictions different from the one where it was rendered. However, in this scenario, the bar is set higher and the decisions adopted by English Courts pursuant to section 66 would only be capable of being used as shields where the following requirements are satisfied:

- a) They must have the same parties as the Regulation Judgment sought to be recognised and enforced.
- b) They must have the same cause of actions as the Regulation Judgment sought to be recognised and enforced.
- c) And finally, the English judgments must fulfil the conditions for their recognition established on the legislation of the member state addressed. Therefore, in the examined scenario, the effectivity as a shield of the English judgment entered in terms of the declaratory award is uncertain since it is to depend upon a non-homogenous and commonly adopted set of rules: the national legislation on recognition and enforcement of foreign judgments.

**62.** Alternatively, it has also been argued that the interested party could shield himself, not behind the ground contained in Art.45(1)(c), but behind the public policy exception established in Art.45(1)(a) of the Regulation. For example, in *The Wadi Sudr* case, it was argued that the enforcement of a judgment delivered by a Spanish Court in contravention of a valid arbitration agreement was contrary to English public policy. Moore-Bick dismissed this submission holding that the public policy exception cannot be “invoked on the ground that the foreign court has reached a decision which the court of the recognising or enforcing state thinks is wrong”<sup>150</sup>, on the other hand, its application is restricted to a “very narrow class of cases”<sup>151</sup> where recognition “would be inconsistent with a fundamental principle of the legal order of the enforcing member state”<sup>152</sup>. Therefore, he concluded that “it cannot be said that the failure on the part of the Spanish court in good faith to give effect in this case to an arbitration agreement imperfectly spelt out in the bill of lading (but in the eyes of English Law sufficiently incorporated by reference) would involve a manifest breach of a rule of law regarded as essential in the legal order of the United Kingdom or of a right recognised as being fundamental within that legal order.”<sup>153</sup>

**63.** Finally, another possible solution to our problem could be found in the New York Convention 1958. Brussels I Bis in the third paragraph of Recital 12 recognises that the Convention is to take precedence over the Regulation<sup>154</sup> and Article 73(2) provides that the regulation “shall not affect the application of the 1958 New York Convention.” Though the consequences of this precedence are unclear, it has been suggested that in case of contradiction between a conventional award and a regulation judgment, the former should be enforced instead of the latter<sup>155</sup>. In my opinion, some qualifications must be made to this view:

<sup>150</sup> *National Navigation Co v Endesa Generacion Sa (The Wadi Sudr)* [2009] EWCA Civ 1397 [125] and [130].

<sup>151</sup> *ibidem* [131].

<sup>152</sup> *ibidem* [130]. In the words of the European Court of Justice: “Recourse to the public policy clause (...) can be envisaged only where recognition or enforcement of the judgment delivered in another contracting state would be at variance to an unacceptable degree with the legal order of the state in which enforcement is sought inasmuch as it infringes a fundamental principle. (...) the infringement would have to constitute a manifest breach of a rule of law regarded as essential in the legal order of the state in which enforcement is sought or of a right recognised as being fundamental within that legal order.” (*Dieter Krombach v André Bamberski* [2000] ECJ 1-1935 C-7/98 [37]).

<sup>153</sup> *National Navigation Co v Endesa Generacion Sa (The Wadi Sudr)* [2009] EWCA Civ 1397 [131].

<sup>154</sup> “An essential matter is that [Brussels I Bis] expressly voices the primacy of the New York Convention. The Recital (12 para.3) states that the New York Convention “takes precedence over this Regulation”, and according to art.73(2) this Regulation shall not affect the application of the 1958 New York Convention”. (T. LINNA, ‘The Protection of Arbitration Agreements and the Brussels I Regulation’ [2016] 19 International Arbitration Law Review 70, 72).

<sup>155</sup> “[The Brussels I Bis Regulation] allows parallel proceedings, but in the end, the arbitral award would be stronger because of the priority of the NYC.” (*ibidem*). Similarly, “Even if this part of the Recital is particularly unclear, it apparently implies that if the award contradicts the judgment rendered in another member state, and when both should be enforced (the judgment under Brussels I Bis and the award under the New York Convention) priority should be given to the award.” (P. MANKOWSKI & M. ULRICH, *Volume 1... op. cit.* p. 923).

- a) Were this precedence existent, it would not be applicable to the English declaratory award registered in England under section 66 because, for the purposes of the act, that award is domestic and the New York Convention deals with the enforcement of awards “made, in pursuance of an arbitration agreement, in the territory of a state (other than the United Kingdom) which is a party to the New York Convention”<sup>156</sup>.
- b) After proclaiming the general duty of the Court to refer to arbitration those disputes in respect of which the parties have made an arbitration agreement, the Convention establishes that the seized court will be exempted of this duty where it “finds that the said agreement is null and void, inoperative or incapable of being performed”<sup>157</sup>. Since the determination of the agreement’s nullity, inoperability or incapability to be performed is a necessary precedent to the Court’s jurisdiction to rule on the substance matter of the dispute, it is obvious that neither the Court has breached its Conventional duty, nor the award will prevail over the judgment within the Court’s jurisdiction.
- c) Only in a country other than the United Kingdom and the country where the Regulation Judgment has been rendered, this approach could be effective because, according to the Convention, the courts of the contracting state are compelled to recognize arbitral awards as binding and enforce them<sup>158</sup>. Nevertheless, in this situation, it is very doubtful that the Court will opt for honouring a declaratory award instead of the Judgment on the merits from a European peer who has determined that, due to the nullity, inoperability or incapability to be performed of the arbitration agreement, such award ought not to exist. On the other hand, it is probable that an award on the merits could take precedence over the Regulation Judgment not only due to the precedence of the Convention over the Regulation but also, as some German scholars assert, via an analogical application of Art.41(1)(d)<sup>159</sup>. In this scenario, the chances of success would be higher where the Regulation Judgment has not been rendered either in the country in which the award was made, or in the country under the law of which the award was made, since, for the purposes of the Convention, the Courts of these two fora are the only ones capable to produce a decision regarding the nullity or suspension of the award with binding consequences on the rest of contracting states<sup>160</sup>.

#### IV. Conclusions

**64.** The impossibility to grant anti-suit injunctions in case of breach of an English arbitration agreement by commencing judicial before the courts of a member state of the European Union other than the United Kingdom on civil and commercial matters covered by Brussels I Bis Regulation leaves the complying party in a weak situation. Provided that the party in breach has decided to bring in the dispute before the Courts of a country whose legal system is to regard the arbitration clause as null and void, inoperative or incapable of being performed, the complying party can take for granted that a claim for a stay of the proceedings is to be refused and a judgment on the substance matter is to be rendered. We call this decision “*Regulation Judgment*” because, in accordance with Paragraph 3 of Recital 12 of Brussels I Bis Regulation, it will be able to take advantage of the system of recognition and enforcement provided in the European Regulation. The question which this project has tried to answer is: can the complying party benefit from the English arbitration clause to obtain an award ruling on the validity of the agreement which can subsequently be converted in a judgment under the summary procedures of section 66 and which would entitle him to resist the later recognition and enforcement of the inconsistent Regulation Judgment?

<sup>156</sup> s.100(1) AA96. The United Kingdom used the option established in Art.I(3) NYC to, on the basis of reciprocity, restrict the application of the Convention to the recognition and enforcement of awards made only in the territory of another Contracting State.

<sup>157</sup> Article II(3) NYC.

<sup>158</sup> Article III NYC.

<sup>159</sup> P. MANKOWSKI & M. ULRICH, *Volume 1* ... op. cit. p. 921.

<sup>160</sup> Article V(1)(e) NYC.

65. In order to answer this question, it has been firstly examined the regulation established in section 66 of the Arbitration Act 1996. The enforcement under this section is restricted to those awards made pursuant to an arbitration agreement which satisfies the broad definition contained in the Act. Though initially controversial, the use of this provision to enforce declaratory awards is admitted by English Courts provided that the claimant can obtain any positive benefit from its enforcement, such as establishing an issue estoppel<sup>161</sup>.

66. The main problem is whether the judgment entered in terms of the declaratory award can be used as a shield against the recognition and enforcement of the Regulation Judgment. Taking into account that Articles 45(1)(c) and (d) do not require the inconsistent judgment to be on matters covered by the European Regulation, the decisions adopted by English Courts pursuant to section 66 of the Act would entitle the complying party to resist the enforcement of the Regulation Judgment either in the United Kingdom (under Article 45(1)(c)) or, provided that they satisfy the requirements established in Article 45(1)(d), in any other European jurisdiction other than the one which has rendered the “*Regulation Judgment*”.

67. Taking into account the conditions established by Article 45(1)(d) - especially the recognisability under the legislation on recognition and enforcement of foreign judgments of the member state addressed –, it can be held that the success of the examined defensive strategy is more certain where the “*Regulation Judgment*” is sought to be recognised or enforced in the United Kingdom. Consequently, that strategy would be only recommendable where the complying party has most of its assets within the jurisdiction of English Courts.

68. Having discarded the use of the public policy defence established in Art.45(1)(a) of Brussels I Bis Regulation, the complying party would also be able to resist the enforcement of the “*Regulation Judgment*” if the New York Convention 1958 prevails over the Regulation in case of conflict between a Conventional Award and a Regulation Judgment. However, the effects of this precedence is uncertain and it would only apply to member states other than the United Kingdom (because for the purposes of this country the award would be domestic and it would not be enforceable under the Convention) and the country where the Regulation Judgment has been rendered (because for this jurisdiction the award should not exist since the arbitration agreement is null and void, inoperative or incapable of being performed).

69. Finally, it must be kept in mind the consequences of Brexit. If the United Kingdom finally leaves the European Union, the doctrine of the European Courts and the European legislation will no longer apply. Consequently, against the *Torpedo Action* examined in these lines, British Courts will be able to protect the arbitration agreement not only through anti-suit injunction as it occurs nowadays with non-EU proceedings<sup>162</sup>, but also, they will be able to refuse the recognition and enforcement of the “*Regulation Judgment*” on the ground that its recognition or enforcement is contrary to the British public policy. As Moore-Brick said “I do not think that it would be contrary to public policy to recognise the Judgment even if an English Court would have held that the parties had agreed to refer the dispute to arbitration. Different consideration might arise if the Judgment had been obtained through conscious wrongdoing, for example by pursuing proceedings in defiance of an injunction”<sup>163</sup> (emphasis added).

<sup>161</sup> C. AMBROSE, H. SUMPTION & K. MAXWELL, *London Maritime*... op. cit. para 23.11.

<sup>162</sup> *Shashoua & Ors v Sharma* [2009] EWHC 957 (Comm).

<sup>163</sup> *National Navigation Co v Endesa Generacion Sa (The Wadi Sudr)* [2009] EWCA Civ 1397 [125].

# LA PÉRDIDA DEL INTERÉS (SUPERIOR DEL MENOR) CUANDO SE NACE POR GESTACIÓN SUBROGADA

## THE LOSS OF INTEREST (OF THE CHILD) WHEN BORN BY SURROGATE MOTHERHOOD

LORENA SALES PALLARÉS

*Prof. Titular de Derecho internacional privado*

*Universidad de Castilla-La Mancha*

ORCID ID: 0000-0002-7163-0902

Recibido: 19.06.2019 / Aceptado: 08.07.2019

DOI: <https://doi.org/10.20318/cdt.2019.4961>

**Resumen:** Las contradicciones que el desarrollo de las técnicas de reproducción asistida provocan sobre los ordenamientos jurídicos tienen en la gestación subrogada su máximo exponente. A la maternidad tecnológica no la ha acompañado una adecuada regulación jurídica, lo que ha provocado que los tribunales y la DGRN convivan en una dualidad que provoca irremediamente la pérdida del interés superior del menor. Tras cerrar las puertas a la inscripción de la filiación de menores nacidos por gestación subrogada, el TS apuntó a la adopción como modo de proteger los intereses de los menores. Sin embargo, recientes decisiones judiciales no parecen indicar que ese sea el camino ni más rápido ni más adecuado. Por tanto, hemos revisado diferentes planteamientos que el TS ha aceptado en temas análogos buscando una justificación o salida a estas situaciones. El reconocimiento por complacencia o el orden público atenuado son algunas de las opciones que se exploran ante la negativa actual de afrontar la demanda social de una regulación justa y adecuada para todos los afectados.

**Palabras clave:** gestación subrogada, interés superior del menor, filiación intencional, *forum shopping*, orden público atenuado, dignidad humana.

**Abstract:** The contradictions that the development of assisted reproduction techniques provoke in the legal systems have in the surrogacy its maximum exponent. Technological maternity has not been accompanied by adequate legal regulation, which has caused the Courts and the DGRN to coexist in a duality that irremediably causes the loss of the best interests of the child. After closing the doors to the registration of the filiation of minors born through surrogacy, the Supreme Court pointed to adoption as a way to protect the interests of minors. However, recent court decisions do not seem to indicate that this is the fastest or most appropriate course of action. Therefore, we have reviewed different approaches that the SC has accepted in analogous issues seeking a justification or a way out of these situations. Recognition out of complacency or attenuated public order are some of the options explored in view of the current refusal to face the social demand for a fair and adequate regulation for all those affected.

**Keywords:** surrogacy, best interests of the child, intended parents, forum shopping, attenuated public order, human dignity.

**Sumario:** I. El *interés*...¿de qué o de quién? II. Cardar antes de hilar: la reproducción asistida, la identidad y la dignidad. III. La (des)protección legal: los límites del art. 10 LTRHA. IV. El (des)interés en la gestación subrogada. V. La (des)protección de los tribunales ahora mismo. VI. La filiación y el Tribunal Supremo: no todos somos iguales. VII. Por qué la solución no resuelve la situación. VIII. La regulación ha de ser la respuesta.

## I. El *interés*...¿de qué o de quién?

1. El art. 2.1 de la Ley Orgánica 1/1996 de protección jurídica del menor<sup>1</sup>, lleva por título “Interés superior del menor” y preceptúa que:

*Todo menor tiene derecho a que su interés superior sea valorado y considerado como primordial en todas las acciones y decisiones que le conciernan, tanto en el ámbito público como privado. En la aplicación de la presente ley y demás normas que le afecten, así como en las medidas concernientes a los menores que adopten las instituciones, públicas o privadas, los Tribunales, o los órganos legislativos primará el interés superior de los mismos sobre cualquier otro interés legítimo que pudiera concurrir<sup>2</sup>.*

2. ¿Cuál es el problema entonces si la ley es tan clara?

La respuesta a la que llego con demasiada facilidad y con mayor frecuencia de la que me gustaría, es que cuando se nace por gestación subrogada se pierde la protección de este interés superior del menor. Y esta pérdida (del interés) viene tanto del legislador, que sigue sin regular y afrontar una realidad que forma parte de nuestra sociedad, como de los tribunales, que mantienen una errática línea jurisprudencial plagada de incoherencias propias y ajenas como voy a tratar de poner de manifiesto. Las consecuencias en todo caso recaen sobre los menores que en virtud de esta técnica de reproducción humana asistida han venido a este mundo<sup>3</sup>.

3. Hay que ser conscientes de un hecho, y es que ponerle puertas al campo siempre ha sido tan inútil como recurrente por parte del legislador, sin importar el color o el momento temporal al que nos reframos. Cuando no estaba permitido el divorcio en España, aquellos españoles que querían poner fin a su matrimonio acudían a otras legislaciones, otros Estados, para conseguir aquello que necesitaban para desarrollar su esfera personal e íntima, a sabiendas de que estaba prohibido y no iba a estar reconocido ulteriormente en España. Permittimos del mismo modo que aquellos nacionales sometidos a una prohibitiva ley nacional del matrimonio entre personas del mismo sexo puedan contraer aquí matrimonio conociendo que lo tienen prohibido y que no van a conseguir de ese modo que sus países de origen reconozcan estos matrimonios. Y todo ello porque es imposible prohibir a las personas que busquen, se muevan, acudan a legislaciones que les permitan desarrollar derechos que para ellas son fundamentales: casarse, divorciarse o tener un hijo. Esta suerte de *fórum shopping* va de la mano de continuas alusiones (por parte de doctrina o jurisprudencia) al orden público internacional, o al fraude a la ley, porque los ordenamientos jurídicos son tan comprensibles como implacables, de modo que protegen cuando entienden que la búsqueda del ordenamiento jurídico mas adecuado a los intereses de los particulares les conduce a su ordenamiento jurídico o les castigan cuando encuentran en otros Estados esa protección. En este sentido, para aquellos que quieren concebir un hijo y necesitan recurrir a la maternidad subrogada como técnica de reproducción asistida conocen el tenor literal del art.10 LTRHA<sup>4</sup>, pero también conocen que lo que en España no se permite está regulado y amparado por ley en otras legislaciones.

<sup>1</sup> Artículo redactado por el apartado dos del artículo primero de la LO 8/2015, de 22 de julio, *de modificación del sistema de protección a la infancia y a la adolescencia*, BOE de 23 julio de 2015.

<sup>2</sup> La negrita es nuestra.

<sup>3</sup> Sigo creyendo imprescindible partir del hecho no controvertido de que la Organización Mundial de la Salud reconoce la gestación por sustitución o subrogada como una técnica de reproducción humana asistida más. Y ello porque de este modo se contribuye, a mi entender, a una reflexión más ponderada y desapasionada del tema, crucial para ser un punto de partida del estudio de esta figura.

<sup>4</sup> Ley 14/2006, de 26 de mayo, *sobre técnicas de reproducción humana asistida* (LTRHA), BOE núm. 126, de 27 de Mayo de 2006, cuyo tenor literal es:

1. *Será nulo de pleno derecho el contrato por el que se convenga la gestación, con o sin precio, a cargo de una mujer que renuncia a la filiación materna a favor del contratante o de un tercero.*

2. *La filiación de los hijos nacidos por gestación de sustitución será determinada por el parto.*

3. *Queda a salvo la posible acción de reclamación de la paternidad respecto del padre biológico, conforme a las reglas generales.*

4. Sin perder de vista la idea del interés, que ahora retomo, planteo un caso típico, esto es, unos padres comitentes que son también donantes, por tanto la identidad biológica del menor estará claramente determinada, por lo que los orígenes genéticos del menor son claros y ciertos. ¿Qué sucede a nivel legal? Para el legislador español la verdad biológica no va a coincidir con la verdad jurídica, esto es, la madre se determinará por el parto y será por tanto la gestante y no quien aporta la carga genética quien conste como madre de ese menor. ¿Trabaja por tanto hoy en día esta presunción (*mater semper certa est*) en favor del interés superior del menor o puede que obedezca a otros intereses? Si lo que se busca es que el menor tenga protegido el derecho a conocer sus orígenes biológicos y estos ya están debidamente determinados, ¿por qué no han de coincidir en una única filiación?, ¿exige realmente el interés del menor que se ponga de manifiesto el hecho de su gestación en el registro y en su filiación?

5. En este sentido personalmente me llama la atención el art. 7.2 LTRHA, cuando se refiere a la filiación de los hijos nacidos mediante técnicas de reproducción asistida, cuando manifiesta que *[E]n ningún caso, la inscripción en el Registro Civil reflejará datos de los que se pueda inferir el carácter de la generación*. Pero en los supuestos de gestación subrogada es justamente en la inscripción registral donde se reflejan los datos que infieren claramente el carácter de la generación de este menor. ¿Hemos de interpretar el interés en estos términos?

6. Estoy de acuerdo con FLORES RODRÍGUEZ<sup>5</sup>, y ciertamente creo que existe en este momento más preocupación por la defensa a toda costa del *biopoder* (autoridad de la ley) que de las consecuencias nocivas que su estricta aplicación tiene sobre los derechos del niño (*bioética*). Y esto implica necesariamente reconocer que se ha producido una pérdida del interés (superior del niño) cuando su nacimiento se ha producido por gestación subrogada, porque se supedita este interés del menor al hecho de que su nacimiento se haya producido por una determinada técnica de reproducción asistida. Sin otro motivo o criterio, o justamente por ese.

Creo que cuando se nace por gestación subrogada no se prima el interés del menor, y ello porque, o bien se suele partir de la presunción de que *siempre* estos contratos se han realizado con graves violaciones de los derechos propios y ajenos de las partes involucradas, sobre todo en las referencias a las gestantes<sup>6</sup>, y por tanto se prima proteger ese otro interés legítimo, provocando con ello en la práctica que los menores no tengan reconocida su filiación; o bien, aun reconociendo este interés legítimo que representa el reconocimiento (de algún modo) de la filiación de estos menores, se defiende como interés legítimo concurrente pero prevalente el cumplimiento (de la prohibición) de la ley española (el tan manido art.10 LTRHA). El *biopoder* del legislador prima pues sobre el hecho mismo de que estamos hablando de menores ya nacidos y que se encuentran sin protección alguna como pone en evidencia la situación de las más de 30 familias españolas atrapadas actualmente con sus hijos en Ucrania<sup>7</sup>. ¿Cómo sacamos del limbo jurídico a todos aquellos menores que han quedado atrapados en este laberinto de adultos?

Y lo que es más grave, ¿cómo es posible predicar *la primacía del interés superior del menor sobre cualquier otro interés legítimo que pudiera concurrir* cuando son otros los intereses que acaban prevaleciendo cuando el menor ha nacido por gestación subrogada?

<sup>5</sup> J. FLORES RODRÍGUEZ, “Atrapados en un vientre de alquiler en Ucrania: ¿Bioética o biopoder?”, *Diario la Ley*, núm. 9388, de 2 de abril de 2019, p.6.

<sup>6</sup> El propio TS en su STS, Sala 1ª, 6 de febrero 2014 (RJ 2014/833) como bien apunta L. ÁLVAREZ DE TOLEDO, “El futuro de la maternidad subrogada en España: entre el fraude de ley y el correctivo de orden público internacional”, *Cuadernos de derecho transnacional*, Vol. 6, Núm. 2, 2014, pp.5-49, en concreto p.12, planteó el caso como si se estuviera ante un verdadero contrato forzado, en el que la mujer sumida en la pobreza presta su organismo a cambio de una limosna que necesita para sobrevivir. También es cierto que los disidentes del criterio de la mayoría de la Sala, hicieron notar que ese panorama que opone a la mujer depauperada y necesitada y a los comitentes ricos del hemisferio norte, no debería generalizarse ni tenía por qué corresponder a la realidad; y en todo caso no justificaría que se subestimara la capacidad para consentir de la madre gestante, cuya declaración de voluntad había sido emitida ante una autoridad competente según los propios criterios de competencia judicial internacional del Estado del foro, velando esa autoridad porque se prestara tal declaración con libertad y pleno conocimiento de las consecuencias.

<sup>7</sup> Vid. J. FLORES RODRÍGUEZ, “Atrapados en un vientre de alquiler en Ucrania...”, op.cit., así como prensa desde julio de 2018 cuando el consulado español en Kiev dejó de inscribir a los menores. En este sentido vid. [https://www.elconfidencial.com/espana/2018-08-27/ucrania-kiiev-atrapados-vientres-de-alquiler-familias-pasaporte-adn\\_1607834/](https://www.elconfidencial.com/espana/2018-08-27/ucrania-kiiev-atrapados-vientres-de-alquiler-familias-pasaporte-adn_1607834/).



7. Aunque no resulte sencillo demostrar esta pérdida del interés sobre los menores nacidos por gestación subrogada, los siguientes epígrafes están destinados a construir un *hilo* argumental partiendo de la premisa de que la filiación debería ser un modo de protección del menor, de alcanzar ese interés superior del menor, de modo que como Penélope, trataré de tejer cuidadosamente los hilos de un manto que debería cubrir jurídicamente a todos los menores concebidos mediante gestación subrogada, buscando respuestas en los pronunciamientos de los mismos tribunales que deniegan sistemáticamente cualquier avance en esta materia. Para este fin utilizaré como test de efectos, si la denegación o el reconocimiento de la filiación de los menores nacidos por gestación subrogada atiende o se realiza en beneficio o no del menor, o si atiende a otras consideraciones o derechos de otros individuos o intereses ajenos a él.

## II. Cardar antes de hilar: la reproducción asistida, la identidad y la dignidad

8. Para ajustar debidamente el debate sobre el interés de qué o de quién se protege, es necesario tomarnos previamente un momento para clarificar algunos conceptos ligados a discursos relacionados con situaciones relacionadas con la reproducción asistida<sup>8</sup>. Y ello porque si importante es saber dónde se quiere llegar, no lo es menos saber desde donde vamos a partir, ya que el camino argumentativo será un reflejo del *iter* desde nuestro punto de partida hasta el objetivo final marcado.

En nuestro caso debemos “cardar”<sup>9</sup> antes de hilar fijando qué alcance tienen los conceptos de identidad y dignidad como manifestación de los derechos de la personalidad, y el equilibrio, a veces complejo, entre la colisión de los mismos en este campo de la reproducción asistida y especialmente en la gestación subrogada, donde los comitentes y la gestante parecieran antípodas de estos conceptos<sup>10</sup>.

9. Ya la STC 53/1985 de 11 de abril, determinó que el libre desarrollo de la personalidad como “autodeterminación, consciente y responsable de la propia vida”, entroncaba con el valor jurídico fundamental “dignidad de la persona”; con línea similar la STC 215/1994 de 14 de julio, vino a mantener que el ejercicio de la sexualidad (como también la *libertad de procreación*), “deriva del libre desarrollo de la personalidad proclamado en el art.10.1 CE”. Esto es, la identidad personal y la dignidad de la persona son derechos fundamentales a proteger tanto desde nuestra Constitución como por la vía del Convenio de Roma de Derechos Humanos, cuyo art. 8 salvaguarda el derecho a la vida privada y familiar. Aunque el Convenio no regula de manera expresa la reproducción o la existencia de un derecho respecto a la misma, sí se encuentran diversas sentencias pronunciadas por el TEDH en este sentido, amparado en la amplia y flexible interpretación que se ha hecho del citado art. 8. Aunque habla del “respeto a la vida privada y familiar”, la interpretación que se ha venido haciendo es entender que el derecho a la reproducción queda incluido de manera implícita en el mismo<sup>11</sup>.

<sup>8</sup> Enmarcan estas reflexiones los trabajos de M<sup>a</sup>. P. MOLERO MARTÍN-SALAS, “La reproducción asistida en Europa: la labor armonizadora del Tribunal Europeo de Derechos Humanos”, *Estudios Constitucionales*, 2016, Año 14, Núm. 2, pp. 183-206; S. QUICIOS MOLINA, “Casos recientes que plantean el difícil equilibrio entre la búsqueda de la verdad biológica y la estabilidad del estado civil de la filiación”, *Derecho Privado y Constitución*, enero-diciembre 2015, núm. 29, pp. 263-303; E. SERNA MEROÑO, “Las técnicas de reproducción humana asistida: limitaciones para su práctica”, *Derecho Privado y Constitución*, enero-diciembre 2012, núm. 26, pp. 273-307.

<sup>9</sup> Se entiende por cardado un conjunto de operaciones mecánicas que se realizan sobre la lana u otros materiales como el algodón y el lino, con el objetivo de limpiar, paralelizar e individualizar las fibras para producir finalmente una mecha o cinta, siendo este un proceso de gran importancia para obtener hilo de calidad.

<sup>10</sup> Una visión sobre la libertad reproductiva y la conjugación de estos derechos puede verse en L. SALES PALLARÉS, y M<sup>a</sup>. N. PACHECO JIMÉNEZ, “Libertad reproductiva y problemática derivada del contrato de maternidad subrogada”, en A. M. OLMO GASCÓN (Dir.), *Diversidad sexual y libertad reproductiva de las mujeres en la cultura de la producción y el consumo*, Comares, Granada, 2018, pp. 109-133.

<sup>11</sup> Un extenso y cuidadoso estudio del tema lo encontramos en M<sup>a</sup>. P. MOLERO MARTÍN-SALAS, “La reproducción asistida en Europa...”, *op.cit.*, donde se analizan pormenorizadamente los asuntos a los que me voy a referir, así como en L. SALES PALLARÉS, y M<sup>a</sup>. N. PACHECO JIMÉNEZ, “Libertad reproductiva y problemática...”, *op.cit.*, pp.110 y ss.

10. El asunto posiblemente más célebre de esta interpretación sea el caso *Evans contra Reino Unido*<sup>12</sup>, donde el Tribunal fijó que la noción de vida privada es amplia y que también puede englobar aspectos de su identidad física y social, “concretamente el derecho a la autodeterminación, el derecho al desarrollo personal y el derecho a establecer y mantener relaciones con otros seres humanos y el mundo exterior cubriendo asimismo el derecho al respeto de la decisión de tener o no un hijo”. La misma idea subyace en el pronunciamiento de la Gran Sala de TEDH al caso *Dickson*<sup>13</sup>, cuando entendió que la denegación al uso de la técnica de la reproducción asistida supuso una intromisión a la vida privada y familiar de los demandantes que comprende también “el derecho al respeto de su decisión de ser padres genéticos”<sup>14</sup>.

De este modo, puede entenderse que la voluntad de tener un hijo es una manifestación del libre desarrollo de la personalidad, y que esta búsqueda de una descendencia genética es del todo lícita. En el asunto *S.H. y otros vs. Austria (II)*<sup>15</sup>, el TEDH señaló explícitamente que “no existe prohibición, bajo la ley austriaca, de ir al extranjero en busca de un tratamiento contra la infertilidad que utilice técnicas de reproducción asistida no permitidas en Austria”. Desde el parámetro del ordenamiento jurídico español hemos de plantearnos que la afirmación del TEDH sobre la licitud de la búsqueda de la filiación genética es extrapolable también a nuestro territorio, por lo que, si la búsqueda de descendencia genética es lícita, ¿existe en España alguna prohibición que limite esta posibilidad?

### III. La (des)protección legal: los límites del art. 10 LTRHA

11. Ciertamente el art. 10 LTRHA preceptúa en su apartado 1º que “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”. Pero creo necesario resaltar un matiz interesante para perfilar el modo en el que se aborda el tema en España, en el sentido de que la ley no prohíbe la gestación subrogada: la norma declara el contrato *nulo*, por lo que no sería correcto hablar de prohibición propiamente dicha<sup>16</sup>.

Esto significa que en España los contratos celebrados con tal fin van a ser considerados nulos de pleno derecho, pero sólo eso; no puede entenderse que quienes se manifiestan tan en contra de regular o reconocer esta técnica de reproducción humana más allá de nuestras fronteras estén queriendo defender con ahínco la extraterritorialidad de la ley española, haciendo de este modo una interpretación tal de la norma que implique que la prohibición en España de este tipo de contratos significa la nulidad de los mismos siempre y con independencia de que se hayan realizado en el extranjero, sometidos por tanto a otro ordenamiento jurídico, en el que pueden ser totalmente válidos y legales. Pero es que, además,

<sup>12</sup> Sentencia Tribunal Europeo de Derechos Humanos Estrasburgo (Sección 4), 7 marzo 2006 (TEDH 2006\19), del caso *Evans contra Reino Unido*. Su origen procede del sometimiento a un tratamiento de fecundación in vitro por parte de una pareja, llevándose a cabo la fecundación de un total de 6 embriones. Antes de la implantación de los mismos, la pareja se rompe, por lo que el futuro padre revoca el consentimiento prestado, solicitando que dichos embriones sean destruidos. El caso alcanzó trascendencia judicial ya que se trataba de un asunto especialmente dramático, pues la mujer, por problemas de salud, había sido sometida a una ovariectomía, por lo que esos óvulos fecundados eran su única oportunidad para ser madre. A pesar de que en su solicitud al TEDH se alegaban vulneraciones de diversos artículos del Convenio, la principal argumentación la encontramos respecto del art. 8.

<sup>13</sup> Sentencia de la Gran Sala del TEDH del caso *Dickson contra Reino Unido*, de 4 diciembre 2007 (TEDH\2007\86). En el origen de la sentencia que dio lugar a la intervención del recurso ante la Gran Sala, se resolvía la petición de un condenado por asesinato a cadena perpetua para poder inseminar a su mujer, quien sí estaba en libertad. La solicitud se basaba en la imposibilidad de poder tener hijos de manera natural debido a la diferencia de edad que existía entre ellos, puesto que la mujer era 14 años mayor que él, y la duración de la pena impuesta. Puesto que sus pretensiones no fueron satisfechas por los tribunales nacionales, acudió al TEDH alegando la vulneración del artículo 8 del Convenio.

<sup>14</sup> A pesar de que el pronunciamiento se refiere a unos hechos que no interesan aquí, sí quiero poner de relieve ese matiz que añade el Tribunal al referirse al hecho de proteger la decisión de ser padres *genéticos*, ya que adquiere importancia cuando se aborda el tema de la gestación subrogada como pondré más adelante de manifiesto.

<sup>15</sup> STEDH al asunto *S.H. y otros vs. Austria (II)*, 3 de noviembre 2011 (Aplicación num. 57813/00).

<sup>16</sup> Es más, se empieza ya a apuntar la posibilidad de que ni siquiera esto sea ya así, véase en este sentido A. GÁLVEZ CRIADO, “¿Siguiendo siendo nulo en España el contrato de gestación subrogada? Una duda razonable”, *Diario La Ley*, Núm. 9444, 2019, Sección Tribuna, 26 de Junio de 2019, al hilo de la Sentencia de la Audiencia Provincial de Barcelona, Sección 4ª, Sentencia 10/2019 de 15 de enero de 2019, Rec. 185/2018.

en todo caso, no evita este artículo que se lleven a cabo allí donde estén regulados, o donde a falta de legislación hay un vacío legal<sup>17</sup>, porque como afirmé al inicio, es imposible ponerle puertas o muros al campo que separen a las personas de sus deseos.

12. Y ello a pesar de que, como ha puesto de manifiesto el propio TEDH, no es ilícito que los Estados puedan adoptar las medidas que consideren necesarias para disuadir a sus nacionales de recurrir al extranjero a realizar prácticas prohibidas en su propio territorio<sup>18</sup>. Y esa sería una plausible interpretación del límite que representa el art. 10.1 LTRHA, de acuerdo con el TEDH en este sentido, que el mismo es el modo de disuasión que el legislador español ha encontrado para evitar la huida hacia otros ordenamientos jurídicos más permisivos; pero cabe recordar de nuevo, que, como en la Sentencia al asunto antes mencionado *S.H. y otros vs. Austria (II)*, no existe en España una prohibición para buscar en el extranjero “un tratamiento contra la infertilidad que utilice técnicas de reproducción asistida no permitidas” aquí.

En todo caso, si las consideramos medidas de disuasión, ¿alcanzan el no reconocimiento de la filiación así establecida? ¿de qué queremos disuadir, de no tener hijos?, ¿de que no tengan una filiación única o válida? Hay más preguntas que respuestas y eso desde luego no beneficia a quien necesita de seguridad jurídica.

13. Tampoco creo que podamos decir que con esta técnica de reproducción asistida se esté en una situación de *alegalidad*<sup>19</sup>, al menos en el sentido más tradicional del término. De hecho, en la eclosión de los casos de inscripción de la filiación de estos menores nacidos por gestación subrogada se asimilaba la nulidad del contrato con la prohibición de esta figura en la escena nacional<sup>20</sup>, aunque realmente lo que se estaba tratando de plantear era que España pertenecía al grupo de los Estados que no permitían en su territorio la realización de estos contratos, de modo que la alineación era más sencilla: países que sí lo permitían, países que no lo permitían y una zona gris de Estados que no se pronunciaban sobre estos contratos. Creo que la *alegalidad* solo sería predicable de estos últimos. También creo que la misma no es deseable, no porque fruto de ella se haya abierto la puerta a un *turismo reproductivo*<sup>21</sup>, cosa por otra parte que no creo que haya sido así o no al menos en el sentido que se apunta, sino porque la indefinición, la falta de regulación (en cualquier sentido) sí es la puerta a la vulneración de los derechos fundamentales como intentaré poner de relieve en el desarrollo del presente trabajo.

14. En todo caso y como apuntaba, actualmente el discurso sobre gestación subrogada se ha afinado y depurado de modo que se habla estrictamente de la nulidad de estos contratos y no tanto de una prohibición de los mismos. Ese es justamente el punto, creo yo, que inflexiona los discursos sobre este tema, en el sentido de que quienes están en contra de la regulación e incluso de la existencia de esta técnica solicitan una mayor dureza legal para prohibir el acceso a estos contratos y sus efectos sobre

<sup>17</sup> La regulación de esta técnica de reproducción humana asistida varía entre aquellos Estados en los que está regulada y aquellos Estados en los que no se regula pero no se prohíbe, produciéndose un vacío legal que permite de facto hablar de permisividad aunque sea pasiva. En el 2013 la Comisión de Asuntos Jurídicos del Parlamento Europeo encargó la elaboración de un Informe sobre “El régimen de subrogación en los Estados miembros de la UE”, cuyo director fue L. BRUNET, y que puede consultarse en <http://www.europarl.europa.eu/studies>, con la referencia PE474.403 *A Comparative Study on the Regime of Surrogacy in EU Member States*, de 15 de mayo de 2013, en el que se concluía que era imposible indicar una tendencia legal en particular a través de la UE, aunque todos los Estados miembros están de acuerdo en la necesidad del menor de disponer de unos padres legales y un estatus civil claramente definidos.

<sup>18</sup> El TEDH se refiere a ello en relación en la Sentencia sobre el asunto *Paradiso y Campanelli c. Italia* de la Gran Sala de 24 de enero de 2017, que se puede consultar en <http://hudoc.echr.coe.int/eng?i=001-170359>. Un detallado análisis de esta sentencia se puede encontrar en A. J. VELA SÁNCHEZ, “¿Ha variado el TEDH su Doctrina favorable a los convenios de gestación por sustitución realizados en países que legalmente los permiten? A propósito de la Sentencia de la Gran Sala del TEDH de 24 de enero de 2017”, *Diario La Ley*, Núm. 8953, Sección Doctrina, 3 de abril de 2017.

<sup>19</sup> En este sentido recientemente A. VALERO HEREDIA, “La maternidad subrogada: un asunto de Derechos Fundamentales”, *UNED. Teoría y Realidad Constitucional*, núm. 43, 2019, pp. 421-440, en concreto, p.424.

<sup>20</sup> En este sentido, L. SALES PALLARÉS, “La determinación de la filiación de los menores concebidos en el extranjero mediante maternidad subrogada”, en *Retos de la abogacía ante la sociedad global*, M. GIBERT POMATA y A. SERRANO MOLINA (Coords.); C. CARRETERO GONZÁLEZ, y F. DE MONTALVO JÄÄSKELÄINEN (Dir.), 2012, Thomson-Reuters- Civitas, pp.1731-1744, 2012.

<sup>21</sup> Cfr. A. VALERO HEREDIA, “La maternidad subrogada...”, op.cit., p.424.

nuestro ordenamiento, ya que las diferentes Instrucciones de la DGRN y la jurisprudencia (nacional y supranacional) recaída permiten “blanquear” este fraude de ley e insertarlo a través de la inscripción registral de los menores así concebidos. Es paradójico por tanto, que se pida al mismo tiempo que se deniegue la entrada de estas filiaciones por estar prohibido por el ordenamiento jurídico español y se argumente para ello que la regulación actual española permite realizar estas inscripciones legalmente.

15. No quiero dejar sin señalar, refiriéndome a la expresión *turismo reproductivo*, que de manera muy gratuita se introduce el término por todas las connotaciones negativas que el mismo tiene cuando se habla de gestación subrogada. Y en este sentido no podemos olvidar que el *Registro Nacional de Actividad 2016- Registro SEF*<sup>22</sup> determina que durante el año 2016 se realizaron en España un total de 175.016 ciclos de reproducción, observándose un incremento del 8% en los ciclos de FIV respecto al informe del 2015. El mismo informe señala que en 2016 se realizaron un total de 12.939 ciclos de reproducción asistida a pacientes residentes en otros países, lo que representaba un incremento del 6% con respecto al año anterior, siendo Francia el primer país de procedencia con un 39% de pacientes, seguido de Italia con un 19%. Estos datos, paradójicamente, sitúan a España como líder europeo en la realización de estos tratamientos, y por ende, ello hace imposible no reconocer que, por diversos factores, España sería en este sentido un destino de turismo reproductivo. Sin calificar esta búsqueda de un ordenamiento jurídico favorable como de *turismo reproductivo*, lo cierto es que parte de razón ostentan quienes así lo califican, ya que la apertura o cierre de consecuencias jurídicas es la razón que impulsa al cruce transfronterizo para ser padres en una suerte de *fórum shopping*. Esto sin embargo no debería calificar o descalificar esta búsqueda del ordenamiento jurídico más adecuado a nuestros intereses. Si bien hay una vertiente negativa del *fórum shopping*, la idea que lo sustenta es encontrar un ordenamiento acorde con nuestras expectativas o necesidades. Miles de personas acuden a España como demuestran las cifras del *Registro-SEF* ¿consideramos por tanto esto un turismo reproductivo? ¿atentamos por ello contra el orden público internacional de alguno de nuestros vecinos franceses o italianos?

16. Es necesario por tanto una doble lectura para matizar y encauzar exactamente lo que pretendemos decir. Sin duda alguna pueden existir algunos casos de Estados profesionalizados en el comercio sanitario de reproducción asistida<sup>23</sup> pero no debe confundirse esta situación con la explotación de derechos básicos y fundamentales ligados a la procreación. España en este sentido es un referente en el campo de la reproducción asistida, por un lado, porque nuestros equipos médicos están en la punta de lanza de las técnicas de reproducción humana asistida (tanto los pertenecientes al ámbito público como al privado); de otro, porque nuestra normativa legal da mayor cobertura que algunos de nuestros vecinos, ejemplificados todos ellos por Italia<sup>24</sup>. Pero este turismo reproductivo que supone tener clínicas tan profesionales e innovadoras que incentivan a nuestros vecinos a acudir a nuestro territorio no supone un demérito para nuestro Estado sino todo lo contrario, expone la calidad científica y jurídica de nuestro sistema.

17. Hasta el propio TEDH ha sido criticado por *alentar* este turismo cuando señaló explícitamente<sup>25</sup> que *no existe prohibición, bajo la ley austriaca, de ir al extranjero en busca de un tratamiento contra la infertilidad que utilice técnicas de reproducción asistida no permitidas en Austria*. La misma idea parece que subyace en el pronunciamiento de la Gran Sala de TEDH al caso *Dickson*<sup>26</sup>, cuando entendió que la denegación al uso de la técnica de la reproducción asistida supuso una intromisión a la

<sup>22</sup> Informe Registro Nacional de Actividad 2016-Registro SEF, [https://www.registrosef.com/public/docs/sef2016\\_IAFI-Vm.pdf](https://www.registrosef.com/public/docs/sef2016_IAFI-Vm.pdf). Este es el último informe disponible ya que hasta el 2 de febrero de 2019 estaban recogiendo los datos para realizar el informe de 2017.

<sup>23</sup> E. NELSON, “Global Trade and Assisted Reproductive Technologies: Regulatory Challenges in International Surrogacy”, *The Journal of Law, Medicine and Ethics*, Vol. 41, 2013 cit. por A. VALERO HEREDIA, “La maternidad subrogada...”, op.cit., nota pie 2.

<sup>24</sup> M<sup>a</sup>. P. MOLERO MARTÍN-SALAS, “La reproducción asistida en Italia: una regulación (inacabada) a golpe de sentencia”, *Revista Española de Derecho Constitucional*, Año 38, núm. 111, 2018, p.131.

<sup>25</sup> Sentencia de la Gran Sala del TEDH del caso *S. H.y otros vs. Austria (II)* de 3 de noviembre de 2011 (Aplicación num.57813/00).

<sup>26</sup> Sentencia de la Gran Sala del TEDH del caso *Dickson contra Reino Unido*, de 4 diciembre 2007 (TEDH\2007\86).

vida privada y familiar de los demandantes que comprende también “el derecho al respeto de su decisión de ser padres genéticos” como apuntamos anteriormente.

**18.** El problema es que al amparo de la dignidad del ser humano, proclamada como principio básico del ordenamiento en nuestro art. 10 de la Constitución, han combatido tanto los partidarios de hacer de ella un arma contra la gestación subrogada, como los defensores de la admisión de ésta como componente inseparable del derecho del ser humano a la procreación<sup>27</sup>. Y ello porque esta protección es bidireccional y por ello ambivalente, en el sentido de poderse usar tanto como apoyo material como para desarmar cualquier argumentación amparada en derecho. Habiendo menores de por medio, el socorrido recurso a la invocación del interés superior del menor para conciliar los derechos de todas las partes no nos presta un asidero legal firme, ya que este interés puede estar tanto en que su filiación legal coincida con la biológica, o justo lo contrario, que el interés que mejor le proteja sea mantener una situación jurídica previa sin atender a otros derechos que se reclamen amparados en la genética.

**19.** Junto a estos problemas se añade el hecho de que el propio concepto de interés superior del menor, ha experimentado una evolución dentro de la concepción del derecho de familia. Sobre el tema se ha escrito mucho<sup>28</sup>, pero como expone DE TORRES PEREA<sup>29</sup>, la transformación de principio del derecho a cláusula general supone (o debería suponer) la capacidad de neutralizar la aplicación de normas imperativas con esta positivización del interés superior del menor<sup>30</sup> que han culminado en las reformas legales de 2015<sup>31</sup>. Esta evolución del sentido y alcance del interés superior del menor puede extraerse también (aunque aquí con matices) de la lectura de la jurisprudencia emanada del Tribunal Supremo, y ver cómo se ha ido apuntalando la transformación del principio del interés superior del menor en cláusula general, llegando incluso a neutralizar la aplicación de una norma imperativa. También el TEDH ha impulsado por su parte una evolución de lo que ha de considerarse interés superior del menor, adaptándose a las nuevas situaciones que se le han planteado desde el derecho de familia y a la concepción misma de familia como vamos a referir seguidamente.

**20.** Junto a la dignidad, nos encontramos con la dificultad de encauzar la identidad, entendida como el derecho a conocer el propio origen y el trato que se dispensa al mismo tiempo a los donantes de capacidad de generación (ya sean óvulos, semen o preembriones). Si bien la ley parte del anonimato de estos donantes<sup>32</sup>, ello confronta con el derecho de la persona a conocer su propia filiación biológica y

<sup>27</sup> Como pone de relieve L. ÁLVAREZ DE TOLEDO, “El futuro de la maternidad subrogada en España...”, op.cit., p.21.

<sup>28</sup> Nos remitimos a C. GUILARTE MARTÍN-CALERO, “El interés superior del niño: la nueva configuración del artículo de la ley orgánica, de 15 de enero, de protección jurídica del menor”, en V. J. CABEDO MALLOL, y I. RAVELLAT BALLESTÉ (COORDS.), *Comentarios sobre las leyes de reforma del sistema de protección a la infancia y la adolescencia*, 2016, pp. 87-131; S. TORRECUADRADA GARCÍA-LOZANO, “El interés superior del niño”, *Anuario Mexicano de Derecho Internacional*, Núm. 16, 2016, pp. 131-157; A. FERNÁNDEZ PÉREZ, “Aproximación al interés superior del menor en el derecho internacional privado español”, *Boletín Mexicano de Derecho Comparado*, Vol. 50, Núm. 151 (enero-abril 2018), 2018, pp. 107-134; L. SALES PALLARÉS, “La dignidad de la persona, la identidad biológica, y la responsabilidad médica: algunos casos recientes”, *Actualidad jurídica iberoamericana*, Núm. 8, 2018, pp.108-123; M<sup>a</sup>. D. ORTIZ VIDAL, “El Tribunal Europeo de Derechos Humanos y la promoción de los valores de la Unión Europea: gestación por sustitución e interés superior del menor”, en C. MARTÍNEZ CAPDEVILA y E. J. MARTÍNEZ PÉREZ (DIRS.), *Retos para la acción exterior de la Unión Europea*, Valencia, Tirant lo Blanch, 2017, pp. 729-740.

<sup>29</sup> J. M. DE TORRES PEREA, “Estudio de la función atribuida al interés del menor como cláusula general por una relevante línea jurisprudencial”, *Diario La Ley*, Núm. 8737, 2016, pp. 5 y ss.

<sup>30</sup> Como bien señala J. M. DE TORRES PEREA, “Estudio de la función atribuida al interés del menor...”, op.cit., p.6, tanto la Ley 21/1987 de 11 de noviembre, como el art. 2 de la LO de Protección Jurídica del Menor 1/1996, introducen un principio general del derecho (el interés superior del menor) en una norma positiva, lo cual permite su lectura en clave de cláusula general. También la doctrina mantuvo esta misma idea como lo afirmaba E. ROCA I TRÍAS, “Contestación: El interés del menor como factor de progreso y unificación del Derecho internacional privado”, *Revista Jurídica de Cataluña*, Vol. 93. Núm. 4, p. 975, cuando enfatizaba las ventajas y desventajas del hecho de que “el interés superior del menor se había incluido en nuestro derecho en forma de cláusula general, lo cual implicaba ventajas y desventajas”.

<sup>31</sup> Nos referimos a las reformas operadas a través de dos normas, la LO 8/2015, de 22 de julio, *de modificación del sistema de protección a la infancia y a la adolescencia*, BOE núm. 175, de 23 de julio de 2015, p. 8222 y ss. y la Ley 26/2015, de 28 de julio de 2015, *de modificación del sistema de protección a la infancia y a la adolescencia*, BOE núm. 180, de 29 de julio de 2015, pp. 64544-64613.

<sup>32</sup> Interesante ver el abordaje de temas colaterales de estas donaciones en N. IGARÉDA GONZÁLEZ, “La donación anónima

al mismo tiempo con el derecho a la intimidad personal o familiar del donante<sup>33</sup>. Estas situaciones plantean la colusión del derecho a la intimidad frente al derecho a la identidad genérica<sup>34</sup>, al que el TEDH también dio respuesta en el asunto *Odièvre*<sup>35</sup>, donde se discutió el derecho de la persona a conocer su propio origen frente al derecho a guardar el secreto de su identidad de quien lo gestó y parió<sup>36</sup>. Mantuvo el Tribunal que la protección dispensada por el art. 8 alcanzaba al derecho a la identidad y, por tanto, a obtener las informaciones necesarias para el descubrimiento de la verdad en la identidad de los progenitores<sup>37</sup>. De manera análoga encontramos esta misma confrontación de derechos en la posición del adoptado, al que se le reconoce también el derecho a conocer sus orígenes biológicos<sup>38</sup>, y donde persisten los mismos conflictos entre el derecho a conocer los orígenes biológicos con el derecho a la intimidad de quienes renunciaron a ese hijo. Desde donde se aborde el tema, el conflicto de intereses en presencia no permite obtener respuestas claras y precisas de dónde y cómo regular los derechos de quienes se ven involucrados en estas situaciones.

**21.** Como apuntaba al inicio, en los casos de gestación subrogada en los que la identidad biológica del menor está claramente determinada, esto es, los progenitores son a la vez donantes, para el legislador español la verdad biológica no va a coincidir con la verdad jurídica. Esto me hace dudar de que las presunciones de las que tradicionalmente se ha servido el derecho trabajen realmente a día de hoy, a favor del interés superior del menor, y en último término, me hace preguntarme qué sentido tiene interpretar el interés superior del menor en estos términos cuando las soluciones en casos similares no son desde luego tan unánimes.

**22.** Si intentamos vincular la dignidad y la identidad con la reproducción asistida nos encontraremos con situaciones de facto que trascienden la letra de la ley, ya que el deseo de tener un hijo, llegado el caso, no conoce de fronteras ni leyes, y las personas buscan el ordenamiento jurídico que les permita ser padres. El caso *De Ambrosis*, aun siendo un supuesto llamativo y poco frecuente, ilustra los conflictos reales que se dan cuando no hay concordancia entre la letra de la ley y el deseo de ser padres. Casados en 1990, Gabriella y Luigi De Ambrosis quisieron ser padres, sometiéndose hasta en diez ocasiones a *FIV* en Italia sin éxito y tratando hasta de adoptar en dos ocasiones, siendo rechazadas sus solicitudes.

---

de gametos para reproducción humana asistida en España: problemas y retos”, *Revista de Bioética y Derecho*, 2016, núm. 38, pp.71-86, accesible en <http://revistes.ub.edu/index.php/RBD/article/view/17046>.

<sup>33</sup> Cierto es que esta “anonimización” legal de las donaciones es un secreto de polichinela como acertadamente pone de relieve P. BLANCO-MORALES LIMONES, “Una filiación: tres modalidades de establecimiento: La tensión entre la ley, la biología y el afecto”, *Bitácora Millennium DIPr: Derecho Internacional Privado*, 2015, núm. 1, pp.1 a 16, en concreto, p.8, accesible en <http://www.millenniumdipr.com/ba-4-una-filiacion-tres-modalidades-de-establecimiento-la-tension-entre-la-ley-la-biologia-y-el-afecto>, ya que la identidad del donante es perfectamente conocida por el centro sanitario autorizado.

<sup>34</sup> Más a fondo véase A. M<sup>a</sup>. ROMERO COLOMA, “Identidad genética frente a intimidad”, *Diario La Ley*, Núm. 7199, de 18 de junio de 2009, pp.1-13.

<sup>35</sup> *Odièvre c. Francia*, (GS), núm. Núm. 42326/98, TEDH 2003. Para un análisis de los efectos de esta sentencia nos remitimos a F. RIVERO HERNÁNDEZ, “De nuevo sobre el derecho a conocer el propio origen. El asunto *Odièvre* (sentencia del Tribunal Europeo de Derechos Humanos de 13 de febrero de 2003)”, *Actualidad Civil*, núm. 24, semana del 9 al 15 de junio de 2003, pp.1-25.

<sup>36</sup> Esta posibilidad de parto oculto quedó cercenada en España tras la STS de 21 de septiembre de 1999, que declaró que la legislación registral que posibilitaba la ocultación de la identificación de la madre biológica estaba derogada por inconstitucionalidad sobrevenida. Actualmente la nueva legislación registral permite el derecho a renunciar a ejercer los derechos derivados de la filiación materna, siempre que haya motivos fundados para ello: el supuesto es el de la madre que recurre a la Entidad Pública competente para la protección de menores y presta su consentimiento a la adopción. En este caso, el acceso a la inscripción de nacimiento, en la que debe constar la filiación materna por naturaleza aunque su determinación carezca de eficacia, será restringido (art. 44.4.II LRC/2011). De acuerdo con la Instrucción DGRN de 9 de octubre de 2015 (BOE de 14 octubre 2015), no procederá la remisión de información al Registro Civil “cuando la madre haya renunciado al hijo”, expresión absolutamente impropia para referirse a la situación regulada pues no se renuncia al hijo sino a los efectos de la determinación de la maternidad (número 5º de la disposición 3ª, donde se regulan los supuestos excluidos de la remisión de información).

<sup>37</sup> Quien más lejos ha llegado a Alemania, en el sentido que en 2016 planteó un proyecto de ley que prevé la obligación mediante la cual pueda exigirse, bajo pena de sanción, a una mujer a revelar a su pareja el nombre de los amantes frecuentados durante el momento de la concepción en aras de discernir la paternidad biológica de la criatura. Véase en extenso M. SANCHO LÓPEZ, “El voto particular de la STS, Sala 1ª, sentencia 202/2015, de 24 de Abr. y la nueva Ley Alemana que obliga a las madres a revelar quién es el padre biológico de sus hijos”, *Diario La Ley*, Núm. 8856, de 4 de noviembre de 2016.

<sup>38</sup> J. VELA SÁNCHEZ, “El derecho del adoptado a conocer sus orígenes”, *Diario La Ley*, núm. 7526, 13 de diciembre de 2010.

Contaban con 56 y 68 años, respectivamente, cuando decidieron viajar al extranjero para someterse a un nuevo intento, eludiendo así la legislación italiana sobre el límite para acceder a las técnicas de reproducción humana asistida. Gabriella dio a luz en mayo de 2010 a una niña, pero en septiembre de 2011 se les retiró la custodia de la misma<sup>39</sup> siendo entregada la menor a una familia de acogida, y con posterioridad dada en adopción<sup>40</sup>. Afirmaba la sentencia que la niña era “fruto de una aplicación distorsionada de las enormes posibilidades que ofrece el progreso en materia genética, se quedará huérfana muy pronto y, además, se verá obligada a cuidar a unos padres ancianos, con posibles graves patologías o minusvalías”. Entendiendo el razonamiento de que la menor ya se encontraba integrada en su nueva familia y que, por tanto, podría ser perjudicial para la misma la separación, es difícil entender y comprender cómo el interés superior del menor se ve satisfecho de este modo, cuestionando el sistema italiano, en el fondo, la permisividad de la legislación extranjera de reproducción asistida en contraposición a la italiana, y supeditando el interés superior del menor al *biopoder*<sup>41</sup>.

**23.** Soy consciente de que no es fácil poder determinar cuál es la mejor solución para los menores implicados, y ello lo ejemplifica otro caso al que se enfrentó el Tribunal de Roma el 20 de agosto de 2014 cuando tras un negligente intercambio de embriones por parte del hospital italiano entre varias parejas que se estaban sometiendo a una *FIV* en el mismo centro, nacieron unos gemelos que ostentaban la carga genética no de la madre gestante y su marido, sino de otra de las parejas, por lo que reclamaban sus derechos como padres de los que para ellos eran sus hijos, como las pruebas de ADN confirmaron. La magistrada encargada del asunto desestimó las consideraciones de los padres genéticos que reclamaban a los gemelos, dando preferencia al vínculo de esos recién nacidos con quien había llevado a cabo la gestación a sabiendas del error en la transferencia embrionaria. La demanda fue rechazada alegando que la misma *no es conforme a los intereses de los niños menores, a la estabilidad de su estatuto ni a su derecho a vivir con quienes constituyen su familia, según el orden vigente italiano*. Al margen de la realidad jurídica italiana en lo que se refiere a la reproducción asistida y que obviamente modula o justifica la solución alcanzada, el hecho de que no se tenga en cuenta la carga genética de los menores ni el error en el intercambio de los embriones, parece que choca con el derecho a la identidad o al derecho a conocer los orígenes de estos menores, por no entrar en los derechos que sobre los embriones tienen los propios donantes involuntarios. Conociendo todas las partes el error en el intercambio de los embriones, ¿no debería haberse tenido en cuenta el mismo a la hora de determinar la filiación de estos menores?

**24.** Queda patente que la *maternidad tecnológica*<sup>42</sup> que ha propiciado el avance de las Ciencias en el ámbito de la reproducción asistida es el primer paso para un cambio que preconiza para el Derecho lo que es más que obvio para la sociedad. La maternidad ya no es lo que era, si se me permite decirlo así y no solo porque se retrasa gracias a estas técnicas de reproducción asistida el hecho de tener un hijo. Aunque nunca ha sido tan fácil ser padres como lo es en el momento actual de la ciencia, lo cierto es que, a la vez, nunca ha sido tan difícil.

**25.** La incapacidad del actual derecho de familia español, pero también del comparado, de adaptarse a la evolución de la ciencia en este campo ha hecho ilegible la respuesta del legislador como ha señalado BLANCO-MORALES LIMONES<sup>43</sup> al tener que equilibrar las fuerzas que ejercen la ley, la biología y el afecto. La respuesta que demos en todo caso debería llevar aparejada una coherencia con el sistema de

<sup>39</sup> Ante la denuncia por “abandono” presentada por una vecina, un tribunal de menores decidió retirarles la custodia de la hija de por entonces 15 meses. El progenitor fue absuelto de la acusación de abandono (había dejado a la menor dentro del coche mientras descargaba la compra) aunque ya la menor estaba con una familia de acogida que posteriormente formalizó la adopción.

<sup>40</sup> Aunque la decisión fue recurrida por los padres, en marzo de 2017 el Tribunal de Apelación de Turín confirmó la sentencia de adopción, al estimar que los De Ambrosis no eran idóneos “al ser demasiado ancianos en el momento de su nacimiento”, y teniendo en cuenta que mantener a la menor con su familia adoptante era la opción que menos perjuicio causaría a la menor, que llevaba en esos momentos cerca de 7 años viviendo con la familia adoptiva.

<sup>41</sup> Sobre el resto de afirmaciones del tribunal sobre la edad de los progenitores no creo que sea este el lugar de hacer valoraciones y me remito a L. SALES PALLARÉS, “La dignidad de la persona, la identidad biológica, y la responsabilidad...”, pp.117 y ss.

<sup>42</sup> L. TABOADA, *La maternidad tecnológica*, Icaria Editorial, 1986.

<sup>43</sup> P. BLANCO-MORALES LIMONES, “Una filiación: tres modalidades de establecimiento...”, op.cit., en concreto, p.4.

filiación que se me antoja difícil de mantener en la actualidad y que en el fondo es lo que lastra el encaje de la gestación subrogada en la mayoría de ordenamientos jurídicos actuales. Respuesta en todo caso que deberá hacerse con sumo cuidado ya que si la falta de legislación es preocupante, una regulación inadecuada lo es aún más<sup>44</sup>, y es fuente de abusos y fraudes de ley que no benefician a nadie y perjudican gravemente sobre todo a los menores que van a nacer mediante estas técnicas.

26. Muestra de esto ha sido lo ocurrido en febrero de 2019<sup>45</sup>, donde no me cabe duda se ha causado una desprotección legal a sabiendas de que se lesionaba directamente el interés superior de los menores atrapados en Ucrania. Aunque desde el Ministerio de Asuntos Exteriores se hubiera desaconsejado<sup>46</sup> acudir a la gestación subrogada, la paralización de cualquier inscripción motivada por el cambio de criterio no creo yo que pueda mantenerse teniendo en cuenta ni el interés superior de estos menores ni la dirección señalada por el TEDH en sus últimas manifestaciones. La inadecuada aproximación a la regulación que se ha producido en el panorama español solo abunda en la palpable demostración de una tensión entre el modo de abordar este tema por parte de la DGRN y por parte del legislador.

#### IV. El (des)interés en la gestación subrogada

27. Sigo pensando que el desinterés existe de un modo tan claro y flagrante que es difícil no querer verlo, y viene dado tanto por el legislador como acabo de apuntar, como por los tribunales. Quiero empezar analizando la (des)protección que los tribunales españoles han brindado a los menores nacidos por esta técnica de reproducción humana asistida.

28. Es el propio *iter* judicial de los precedentes que vivimos en España<sup>47</sup> los que ilustran hasta qué punto se han visto afectados los menores y sus progenitores, produciéndose *filiaciones claudicantes*<sup>48</sup>, siendo, paradójicamente, cada resolución recaída el mejor reflejo de la desprotección que les ha brindado la tutela judicial en aras del interés superior del menor que tanto se desea proteger. La actuación de las diferentes instancias judiciales ha evidenciado que el equilibrio de los intereses en juego es más bien un desequilibrio entre las partes que se ven atrapadas en este limbo legal<sup>49</sup>. El “caso 0”<sup>50</sup> pro-

<sup>44</sup> Como pone de manifiesto, aunque refiriéndose a México, I. BRENA SESMA, “La maternidad subrogada ¿es suficiente la legislación civil vigente para regularla?”, *Revista de Derecho Privado*, núm. 23, 2009, p.142, y en “La gestación subrogada. ¿Una nueva figura del derecho de familia?”, en I. BRENA SESMA, (COORD.), *Reproducción asistida*, México, UNAM, Instituto de Investigaciones Jurídicas, 2012, p.160.

<sup>45</sup> Me refiero a la Instrucción de 14 de febrero de 2019, de la Dirección General de los Registros y del Notariado, sobre actualización del régimen registral de la filiación de los nacidos mediante gestación por sustitución y al comunicado que el día 16 de febrero de 2019 el Gobierno emitió dejando sin efectos la Instrucción del día 14, para lo que me remito al comentario que FEDERICO GARAU hiciera en su blog sobre la noticia: <http://conflictuslegum.blogspot.com/2019/02/el-gobierno-deja-sin-efecto-la.html> así como al comentario de P. JIMÉNEZ BLANCO, “La “crisis” de la gestación por sustitución en Ucrania y el caos en el Ministerio de Justicia (comentario a las instrucciones de la DGRN de 14 y 18 de febrero de 2019)”, *REEI*, núm. 37, 2019, pp. 23-30, que se puede consultar en <http://www.reei.org/index.php/revista/num37/cronicas/37-cronica-derecho-internacional-privado>.

<sup>46</sup> En este sentido vid. “Casos de inscripción de nacimientos en el Registro Civil Consular de la Embajada de España en Kiev” [http://www.exteriores.gob.es/Portal/es/SalaDePrensa/Comunicados/Paginas/2018\\_COMUNICADOS/20180829\\_COMU114.aspx](http://www.exteriores.gob.es/Portal/es/SalaDePrensa/Comunicados/Paginas/2018_COMUNICADOS/20180829_COMU114.aspx).

<sup>47</sup> Nos referimos a los diferentes pronunciamientos que terminaron con la Sentencia del Tribunal Supremo en 2015, cronológicamente: Sentencia de 15 de septiembre de 2010 del Juzgado de Primera Instancia de Valencia, núm. 15 [SJPI Valencia (RJ 2010, 25)], que fue confirmada por la Audiencia Provincial de Valencia, el 23 de noviembre de 2011 [SAP Valencia (RJ 2011, 5738)]. Recurrida ante el Tribunal Supremo, éste confirmó la no inscripción de los menores el 6 de febrero de 2014 [STS (RJ 2014, 247)], pronunciamiento que recurrieron los padres y al que puso fin el Auto del Tribunal Supremo de 2 de febrero de 2015 [ATS (RJ 2015, 335)] y que cuentan cada uno de ellos con abundantes comentarios doctrinales a los que nos remitimos.

<sup>48</sup> Tomamos la expresión de N. GONZÁLEZ MARTÍN, y M<sup>a</sup>. M. ALBORNOZ, “Aspectos transfronterizos de la gestación por sustitución”, *Anuario Mexicano de Derecho Internacional*, Núm. 16, 2016, p.173.

<sup>49</sup> Es el propio Tribunal Supremo el que habla de “limbo jurídico incierto”, apartado segundo, punto 5, del voto particular de la STS (Pleno), de 06 de febrero de 2014, como pone de relieve M. CORERA IZU, “Maternidad subrogada: la solución única, de momento, el Registro Civil”, *Diario La Ley*, núm. 8813, de 28 de julio de 2016, pp.1-14, en concreto p. 2.

<sup>50</sup> Me refiero al caso 0 no porque con anterioridad no se hayan dado supuestos de maternidad subrogada, sino porque es a raíz de este caso que la DGRN con una Resolución y una Instrucción puso en la palestra el tema. Sobre este caso L. SALES



pició la Resolución de la DGRN de 18 de febrero de 2009<sup>51</sup>, en la que se estimó el recurso interpuesto por el matrimonio de varones español que tuvo a sus hijos gemelos a través de gestación subrogada en California frente a la negativa del Encargado del Registro Civil consular español en Los Ángeles, de inscribir a los menores por considerar que contrariaba el orden público internacional español en atención al artículo 10.1 de la LTRHA. Desde ese momento se ha plasmado una dualidad representada por un lado por la DGRN, innovadora e impulsora de modalidades o interpretaciones favorables al reconocimiento de la filiación de estos menores, preocupada realmente por conseguir una justicia material tangible y de otro el resto de poderes públicos, inmersos en una lucha ideológica como han evidenciado las dos Instrucciones de la DGRN de 14 y de 18 de febrero de 2019 a las que me he referido antes<sup>52</sup>.

**29.** La denegación en instancia de la inscripción de los menores supuso una doble desprotección que a día de hoy persiste con otros actores: primero, no reconocer la filiación determinada por Estados Unidos a favor de los padres comitentes, y en segundo lugar, por el hecho de que para California los padres de los menores eran a todos los efectos el matrimonio español, lo que implicaba que la nacionalidad de estos menores debía ser la española y no la estadounidense, por lo que cuando se denegó la inscripción de estos menores en el Consulado español también se les privó de poder adquirir la nacionalidad española. Afortunadamente para los menores, las autoridades norteamericanas, atendiendo al interés superior del menor, les concedieron la nacionalidad americana proporcionándoles la protección de una ley personal, así como los documentos necesarios para volar hasta España. En este caso, Estados Unidos sí primó el interés superior de los menores, ya que al margen de si se cumplían o no los requisitos para expedir la documentación pertinente o para adquirir la nacionalidad norteamericana, denegarla significaba dejar sin nacionalidad a los menores con la desprotección que esto implicaba<sup>53</sup>. En similar situación el caso resuelto el 13 de marzo de 2017<sup>54</sup>, aunque mucho más complejo, al no existir en el caso vínculo biológico entre el menor engendrado y los padres comitentes al no haber aportado ellos el material genético para la gestación. Solicitado un salvoconducto para permitir la salida del menor de Moscú a España, este fue denegado, de manera motivada y cierta hemos de decir<sup>55</sup>. Cuestión accesoria del asunto es que la Administración demandada negaba que el menor tuviera la nacionalidad española, mientras los

---

PALLARÉS, “La determinación de la filiación de los menores concebidos en el extranjero mediante maternidad subrogada”, en M. GISBERT POMATA/ A. SERRANO MOLINA(COORD.); C. CARRETERO GONZÁLEZ/ F. DE MONTALVO JÄÄSKELÄINEN (DIR.), *Retos de la abogacía ante la sociedad global*, 2012, pp.1731-1744.

<sup>51</sup> Sobre esta Resolución pueden consultarse entre otros los siguientes comentarios: A.-L. CALVO CARAVACA, y J. CARRAS-COSA GONZÁLEZ, “Gestación por sustitución y derecho internacional privado: Consideraciones en torno a la Resolución de la DGRN de 18 de febrero de 2009”, *Cuadernos de Derecho Transnacional*, Octubre 2009, Vol. 1, núm. 2, pp.294-319; E. FARNÓS AMORÓS, “Inscripción en España de la filiación derivada del acceso a la maternidad subrogada en California”, *Indret: Revista para el Análisis del Derecho*, Núm.1, 2010, pp.1-25; A. QUIÑONES ESCÁMEZ, “Doble filiación paterna de gemelos nacidos en el extranjero mediante maternidad subrogada: En torno a la RDGRN de 18 de febrero de 2009”, *Indret: Revista para el Análisis del Derecho*, Núm. 3, 2009, pp.1-41.

<sup>52</sup> Me refiero a la Instrucción de 14 de febrero de 2019, de la Dirección General de los Registros y del Notariado, sobre actualización del régimen registral de la filiación de los nacidos mediante gestación por sustitución y al comunicado que el día 16 de febrero de 2019 el Gobierno emitió dejando sin efectos la Instrucción del día 14, para lo que me remito al comentario que FEDERICO GARAU hiciera en su blog sobre la noticia: <http://conflictuslegum.blogspot.com/2019/02/el-gobierno-deja-sin-efecto-la.html>.

<sup>53</sup> En situación similar se encontró una menor en 2012 de padre español y madre hispano-argentina, que nació en la India fruto de gestación subrogada. Para la India la menor no ostentaba, fruto del contrato de maternidad subrogada, la nacionalidad hindú al ser hija de extranjeros, pero ni España ni Argentina concedían a la menor la nacionalidad al considerar nulos ambos Estados este tipo de contratos. Ni España ni Argentina quisieron reconocer ni inscribir a la menor aunque finalmente, y fruto de la buena voluntad de un juez de familia argentino basándose en los derechos superiores del niño, se le concedió tres meses después de su nacimiento la nacionalidad argentina y se pudo tramitar la documentación para que la familia volara a Madrid, lugar de residencia habitual de la familia. Sobre la noticia vid. <http://www.elmundo.es/elmundo/2012/06/30/espana/1341042729.html> y [https://www.clarin.com/sociedad/nacida-india-vientre-alquilado-argentina\\_0\\_SJM7wBf3vme.html](https://www.clarin.com/sociedad/nacida-india-vientre-alquilado-argentina_0_SJM7wBf3vme.html).

<sup>54</sup> STSJ de Madrid, núm. 209/2017 (ROJ: STSJ M 1247/2017) de 13 de marzo de 2017 en la que se confirma la Resolución de 28 de marzo de 2016, del Consulado General de España en Moscú (Federación de Rusia), por la que se acordaba denegar la solicitud, formulada por un nacional español, de concesión de salvoconducto para un recién nacido en Moscú fruto de un proceso de maternidad subrogada. Vid. sobre el asunto el comentario <https://fernandezrozas.com/2017/05/03/denegacion-de-la-solicitud-de-concesion-de-salvoconducto-para-un-recien-nacido-en-moscu-fruto-de-un-proceso-de-maternidad-subrogada/>.

<sup>55</sup> El texto completo de la sentencia puede consultarse en <http://www.poderjudicial.es/search/contenidos.action?action=contentpdf&database=AN&reference=7984774&links=gestaci%C3%B3n&optimize=20170406&publicinterface=true>

recurrentes, por su parte, que el menor tuviera la nacionalidad rusa. Y en todo caso, el interés superior del menor no apareció como matiz modulador para alcanzar una solución materialmente orientada al menos para la vida del menor aquí afectado<sup>56</sup>. Tampoco parece que el interés superior del menor esté presente en la resolución de los casos de las familias atrapadas actualmente en Ucrania, que viven en un bucle similar en cuanto a la nacionalidad<sup>57</sup>.

**30.** Pero siguiendo con el “caso 0”, a pesar de que la DRGN instó la inscripción de los menores, el Ministerio Fiscal impugnó esta Resolución (difícil de justificar su actuación como de protección del menor), que terminó siendo anulada por la Sentencia de 15 de septiembre de 2010 del Juzgado de Primera Instancia de Valencia, núm. 15<sup>58</sup>, y confirmada por la Audiencia Provincial de Valencia, el 23 de noviembre de 2011<sup>59</sup>. La DRGN publicaba en octubre de 2010<sup>60</sup> otra Instrucción intentando revertir la situación así creada. Recurrida ante el Tribunal Supremo, éste confirmó la no inscripción de los menores en febrero de 2014<sup>61</sup>, resolución que recurrieron los padres obteniendo una nueva negativa a inscribir la filiación derivada del convenio de gestación por sustitución en virtud del Auto del Tribunal Supremo de 2 de febrero de 2015<sup>62</sup> de manera que para formalizar la relación jurídica de filiación solo podrán acudir a la acción de reclamación de la paternidad biológica (ex art.10.3.º LTRHA) o a la institución de la adopción<sup>63</sup>, aunque como veremos más adelante puede no ser esta una opción factible después de todo.

**31.** En todo caso, claramente el interés superior del menor, como principio, como cláusula general o como norma, no parece que haya inspirado la actuación del caso, y procurando un legítimo interés en el cumplimiento de la ley, los menores siguen sin estar inscritos como hijos de sus padres, exclusivamente por el hecho de cómo fueron concebidos y como vinieron a este mundo. La pérdida del interés superior del menor obedece a que nacieron por gestación subrogada únicamente.

<sup>56</sup> Aun compartiendo la argumentación, correcta y ajustada a derecho del tribunal, nos queda pendiente el futuro de este menor, ya que, del contenido de la sentencia se extraen los hechos de que nació en diciembre de 2014 en Moscú, y *tras la expiración del visado del que disponían, tuvieron que abandonar [los padres comitentes] el territorio de la Federación de Rusia* (aproximadamente en marzo de 2015) *dejando allí al menor al cuidado de una niñera que es quien se ocupa de él*. Por lo tanto, y si la resolución es de marzo de 2017, esto implica que en la actualidad el menor lleva residiendo en Moscú con la niñera más de 4 años. Es difícil encontrar el interés superior del menor en casos como el que nos ocupa, aunque reiteramos que compartimos la argumentación jurídica del tribunal sobre la cuestión que se le plantea.

<sup>57</sup> Recoge J. FLORES RODRÍGUEZ, “Atrapados en un vientre de alquiler en Ucrania...”, *op.cit.*, que Ucrania rechazan sistemáticamente, por aplicación de sus leyes de ciudadanía, la atribución de su propia nacionalidad al niño cuando conforme al Derecho del país de los padres este le atribuye la suya propia. De acuerdo con el párrafo 4 del artículo 7 de Ley núm. 2235 de 18 de enero de 2001, de la nacionalidad ucraniana, “el nacido en Ucrania de padres extranjeros que ostenten justificación legal para residir en el territorio de Ucrania de forma permanente se considerará nacional de Ucrania, siempre “que no haya adquirido por nacimiento la nacionalidad de cualquiera de los padres”. Este es el caso español, pues dispone nuestro art. 17.1.a) del Código civil que son españoles de origen los nacidos de padre o madre españoles. De este modo, si el Registro civil consular no reconoce esa filiación el niño queda —como en un bucle— atrapado junto a sus padres y sin nacionalidad en un Estado extranjero que tampoco le atribuye la suya.

<sup>58</sup> SJPI Valencia (RJ 2010, 25).

<sup>59</sup> SAP Valencia (RJ 2011, 5738).

<sup>60</sup> El 7 de octubre de 2010 se publicó en el BOE la Instrucción de 5 de octubre de 2010, *sobre el régimen registral de la filiación de los nacidos mediante gestación por sustitución*, dictada después de que el Juzgado de Valencia dejara sin efectos la inscripción en el Registro Civil. Vid. A. J. VELA SÁNCHEZ, “La gestación por sustitución o maternidad subrogada: el derecho a recurrir a las madres de alquiler”, *Diario La Ley*, N° 7608, 2011; A.-L. CALVO CARAVACA y J. CARRASCOSA GONZÁLEZ, “Notas críticas en torno a la instrucción de la Dirección general de los registros y del Notariado de 5 octubre 2010 sobre régimen registral de la filiación de los nacidos mediante gestación por sustitución”, *Cuadernos de Derecho Transnacional*, Vol. 3, Núm. 1, 2011, pp. 247-262. De los requisitos de esta Instrucción se ocupa M<sup>a</sup> DEL R. DÍAZ ROMERO, “La gestación por sustitución en nuestro ordenamiento jurídico”, *Diario La Ley*, Núm. 7527, 14 de diciembre de 2010.

<sup>61</sup> STS (RJ 2014, 247).

<sup>62</sup> ATS (RJ 2015, 335).

<sup>63</sup> Los recurrentes han planteado ante el Tribunal Constitucional un recurso al fallo sin que tengamos noticia de la situación del mismo. El excelente trabajo de A. DURÁN AYAGO, “El acceso al Registro Civil de certificaciones registrales extranjeras a la luz de la ley 20/2011: relevancia para los casos de filiación habida a través de gestación por sustitución”, *Anuario español de derecho internacional privado*, Núm. 12, 2012, pp.265-308, aporta una visión global de todo este caso.

32. Ni siquiera la doctrina del TEDH<sup>64</sup> ha hecho cambiar esto, a pesar de lo que pudiera parecer en la última STEDH al caso *Paradiso y Campanelli c. Italia*<sup>65</sup>, ya que mantiene el tribunal español que la interpretación mantenida a lo largo del caso no vulnera derechos fundamentales en el sentido que los ha interpretado el TEDH y, por lo tanto, se ha protegido adecuadamente el interés de los menores. Es innegable que estos casos ponen en evidencia que los menores concebidos mediante esta técnica de reproducción asistida se ven desposeídos de las garantías más elementales que les deberían amparar, empezando por la de tener una filiación única y determinada, a pesar de lo que diga el Tribunal Supremo<sup>66</sup>.

33. Pero es que, además, nos encontramos con la paradoja de que mientras la Sala de lo Civil del Tribunal Supremo mantiene esta opinión, las de lo Social han apostado por un criterio más aperturista. Ciertamente que persiguen fines diferentes unos y otros, pero el resultado final no debería ser tan dispar a pesar de ello ya que los directamente afectados son menores a los que se les está privando de derechos fundamentales.

Desde hace ya algún tiempo la jurisprudencia social de nuestro Tribunal Supremo a pesar de que parte, como no podía ser de otro modo, de la nulidad de estos convenios gestacionales, les reconoce ciertos efectos jurídicos, en una suerte de *orden público atenuado*. Plantea el orden social<sup>67</sup> que el interés superior del menor debe modular las consecuencias de la ineficacia contractual, de modo que la nulidad de pleno derecho del contrato de gestación por sustitución no debe suponer que al menor que nace en esas circunstancias se le prive de determinados derechos. Y en este sentido, la Sala Cuarta del TS y las Salas de lo Social de los Tribunales Superiores de Justicia de las Comunidades Autónomas, para determinar si procede la prestación de maternidad en estos supuestos, han tenido que plantearse la eficacia de estos contratos realizados en otros Estados y sujetos a normativa válida para ellos, aquí en España, que es donde han de surgir las maternidad y paternidades correspondientes. Y en este sentido han aceptado (cuando concurren una serie de criterios obviamente) su validez y numerosos permisos de paternidad/maternidad han sido concedidos a padres comitentes. Queremos resaltar la expresión de la STS, 4ª, de 25 de octubre de 2016<sup>68</sup>, al afirmar que en la actualidad *la condición de progenitor no se ostenta por ser sujeto que ha contribuido físicamente a dar a luz sino que viene otorgada porque así figura en el Registro Civil en su condición de sujeto que ha obtenido esa posición por virtud de una filiación conseguida mediante gestación por sustitución*.

<sup>64</sup> Nos referimos a las Sentencias del TEDH de 26 de junio de 2014, en los asuntos *Mennesson c. Francia* (n.º 65192/11) y *Labassee c. Francia* (n.º 65941/11) que se pueden consultar en <http://hudoc.echr.coe.int/sites/eng/pages/search.aspx?i=001-145179> y <http://hudoc.echr.coe.int/sites/eng/pages/search.aspx?i=001-145180> respectivamente. Sobre estas vid. A. DURÁN AYAGO, “Nota a las Sentencias del Tribunal Europeo de Derechos Humanos, casos *Mennesson c. France* (n.º 65192/11) y caso *Labassee c. France* (n.º 65941/11) de 26 de junio de 2014: Interés superior del menor y gestación por sustitución”, *Ars Iuris Salmanticensis*, vol. 2, núm. 2, 2014, pp.280-282; ÍDEM., “Primeras impresiones sobre las sentencias del Tribunal Europeo de Derechos Humanos, casos *Mennesson* y *Labassee*, dictadas el 26 de junio de 2014”, publicado en <http://www.gestacion-subrogada.com/interpretacion-sentencia-tedh>; E. LAMM, “Gestación por sustitución. La importancia de las sentencias del Tribunal Europeo de derechos humanos y su impacto”, *Ars Iuris Salmanticensis*, vol. 2, núm. 2, 2014, pp.43-50; A. J. VELA SÁNCHEZ, “Los hijos nacidos de convenio de gestación por sustitución “pueden” ser inscritos en el registro civil español: a propósito de las sentencias del Tribunal Europeo de Derechos Humanos de 26 de junio de 2014”, *Diario La Ley*, núm. 8415, 2014; y H. FULCHIRON y C. GUILARTE MARTÍN-CALERO, “Algunas reflexiones sobre la Sentencia del Tribunal Supremo de 6 de febrero de 2014 a la luz de la condena de Francia por el TEDH (Sentencias *Labassee* y *Menesson* de 26 de junio de 2014)”, *Aranzadi civil-mercantil. Revista doctrinal*, vol. 2, núm. 3, 2015, pp.67-108.

<sup>65</sup> STEDH de la Gran Sala, de 24 de enero de 2017, ECHR 034 (2017), que se puede consultar en <http://hudoc.echr.coe.int/eng?i=001-170359>. Un exhaustivo análisis de esta sentencia se encuentra en A.J. VELA SÁNCHEZ, “¿Ha variado el TEDH su Doctrina favorable a los convenios de gestación por sustitución realizados en países que legalmente los permiten? A propósito de la Sentencia de la Gran Sala del TEDH de 24 de enero de 2017”, *Diario La Ley*, Núm. 8953, Sección Doctrina, 3 de abril de 2017, pp.1-13.

<sup>66</sup> Para ello consideramos imprescindible la lectura en este sentido de A. DURÁN AYAGO, “Una encrucijada judicial y una reforma legal por hacer: la gestación por sustitución”, *Bitácora Millennium DIPr: Derecho Internacional Privado*, Núm. 2, 2015, pp.55 y ss.

<sup>67</sup> Vid. en este sentido el análisis que realiza a las decisiones mencionadas A. J. VELA SÁNCHEZ, “La gestación por sustitución en las Salas de lo Social del Tribunal Supremo y de los Tribunales Superiores de Justicia. A propósito de la prestación por maternidad en los casos de nacimientos derivados de convenio gestacional”, *Diario La Ley*, núm. 8927, Sección Doctrina, de 22 de febrero de 2017.

<sup>68</sup> STS 881/2016 (ROJ: STS 5375/2016).

34. Hemos de apuntar sin embargo que la reforma operada por el Real Decreto-Ley 6/2019, de 1 de marzo, *de medidas urgentes para garantía de la igualdad de trato y de oportunidades entre mujeres y hombres en el empleo y la ocupación* habla ya no de prestaciones o baja de maternidad y paternidad sino que los artículos 2 y 3 hablan de los permisos por nacimiento de hijo o hija de ambos progenitores, haciéndose referencia concreta a la *madre biológica*, por lo que no sabemos cual será con esta nueva norma la doctrina de la Sala, ya que con la alusión sistemática de la madre biológica por nacimiento no parece plausible una interpretación muy amplia que proteja la gestación subrogada como hasta ahora lo venía haciendo. El legislador pareciera intentar cerrar de este modo esta puerta que hasta el momento permanecía abierta.

## V. La (des)protección de los tribunales ahora mismo

35. A pesar de la línea trazada por el TEDH abierta con los casos *Menneson y Labassee*<sup>69</sup>, y mantenida hasta los más recientes (*Foulon y Bouvet*<sup>70</sup> o *Martine Maillard y otros contra Francia*<sup>71</sup>) nuestro Tribunal Supremo sigue como acabamos de señalar la bipolar y errática jurisprudencia de denegar las inscripciones de filiación de estos menores pero al mismo tiempo conceder las prestaciones por maternidad o paternidad a sus progenitores, dependiendo de si la Sala es la civil o la social. No quiero en este momento discutir el sentido que ha de darse a las decisiones del TEDH, coincidiendo en este punto con ÁLVAREZ GONZÁLEZ<sup>72</sup> cuando señala que en todo caso, y a pesar de las varias interpretaciones que son posibles, lo indiscutible es que no reconocer o no prever una fórmula alternativa para que los nacidos puedan establecer jurídicamente su filiación biológica es un atentado a sus derechos fundamentales.

36. En el plano nacional tanto la DGRN como las instancias judiciales que han ido interviniendo, más han parecido estar enzarzadas en el juego de la cuerda disputándose la victoria de la norma frente a la vida, sin pararse a pensar que la cuerda que tensaban eran menores y progenitores. El punto inicial marcado por la Resolución de la DGRN de 2009 puso en la mesa la referencia al *orden público internacional* español, utilizado también por el Tribunal Supremo en sus sentencias de 2014 y 2015. Ni creí entonces que se protegía debidamente entonces a los menores, ya que el propio tribunal reconocía que el equilibrio de los intereses en juego era más bien un desequilibrio entre las partes, ni lo creo ahora, al hilo de los diferentes Autos de las Audiencias Provinciales de Barcelona y Murcia<sup>73</sup>, que ponen otra letra a esa música.

37. En todo caso para el alto tribunal español se vulnera el orden público internacional al dar entrada a las filiaciones resultantes de la gestación subrogada y por tanto se deniega el reconocimiento de las mismas:

*“... la decisión de la autoridad registral de California al atribuir la condición de padres al matrimonio que contrató la gestación por sustitución con una mujer que dio a luz en dicho estado es contraria al orden público internacional español por resultar incompatible con normas que regulan aspectos esenciales de las relaciones familiares, en concreto de la filiación, inspiradas en los valores constitucionales de dignidad de la persona, respeto a su integridad moral y protección de la infancia”<sup>74</sup>.*

38. Entendiendo el planteamiento del Tribunal Supremo, veo una clara contradicción en su defensa y protección de estos valores con sus propios actos. Por un lado porque a pesar del desastroso

<sup>69</sup> *Menneson c. France* (núm. 65192/11), *Labassee c. France* (núm. 65941/11) ambos de 26 de junio de 2014).

<sup>70</sup> *Foulon et Bouvet c. France* (núm. 9063/14 y 10410/14, de 21 de julio de 2016).

<sup>71</sup> Caso núm. 17348/18, introducido el 10 de abril de 2018.

<sup>72</sup> S. ÁLVAREZ GONZÁLEZ, “Nuevas y viejas reflexiones sobre la gestación por sustitución”, p.12, [https://www.academia.edu/38377619/Nuevas\\_y\\_viejas\\_reflexiones\\_sobre\\_la\\_gestacion\\_por\\_sustitucion.pdf](https://www.academia.edu/38377619/Nuevas_y_viejas_reflexiones_sobre_la_gestacion_por_sustitucion.pdf).

<sup>73</sup> Me refiero respectivamente al Auto de la Audiencia Provincial de Barcelona, Sección 18ª, núm. 565/2018, 16 de octubre 2018 (AAP B 6494/2018) y a la Sentencia de la Audiencia Provincial de Murcia, Sección 4ª, núm. 91/2019, 31 de enero 2019 (SAP MU 181/2019) sobre los que volveré más adelante.

<sup>74</sup> STS 835/2013, 6 de febrero 2014 (RJ 2014/833).

intento de febrero de 2019, se mantiene la Instrucción de la DGRN de 5 de octubre de 2010, por lo que mediando sentencia judicial extranjera se debería proceder a la inscripción registral de los menores. ¿Va a recurrir el Ministerio Fiscal todas las inscripciones que alcancen el registro por esta vía? ¿Es ese el modo de proteger judicialmente la infancia o las relaciones familiares?

39. Es más, tras la jurisprudencia del TEDH nuestro Tribunal Supremo consideró que no tenía caso cambiar el aire o el sentido de su planteamiento por cuanto que en España el menor está protegido al permitir “otros medios”, remitiendo a la posesión de Estado, la reclamación de la paternidad o la adopción. Pero encaja mal esto con las resoluciones judiciales de Murcia y Barcelona como ahora pondré de manifiesto y tampoco encaja con respuesta de la opinión consultiva (cierto que no vinculante) al TEDH presentada por la Corte de casación francesa el 16 de octubre de 2018, y que se ha conocido en abril de 2019<sup>75</sup>.

## VI. La filiación y el Tribunal Supremo: no todos somos iguales

40. Empezaré por donde quiero acabar, ¿cabría plantearse una filiación intencional en la legislación española?, ¿o se atenta realmente contra el orden público internacional español cuando nos encontramos con ordenamiento jurídicos que sí reconocen esta figura o reconocen figuras diferentes a nuestros modos de filiación? ¿podría ser esta una posible solución?

41. En todo caso, el motivo que me planteó revisar la filiación desde el punto de vista del Derecho internacional privado fue la Sentencia del Tribunal Supremo de 15 de julio de 2016<sup>76</sup>. En esa sentencia planteó la Sala que el reconocimiento de complacencia es el que hace una persona [...] con conocimiento de que dicha declaración de voluntad no se corresponde con la realidad biológica. Esto es, el reconocedor es consciente de que el reconocido como hijo suyo no lo es biológicamente, y, pese a ello, tiene la real intención de asumir una relación de filiación con el reconocido, con todos los deberes y cargas que ello impone, aunque no se acuda para ello al procedimiento de adopción, sino a un reconocimiento de filiación, mucho más sencillo y económico en sus trámites (lo que no implica, un supuesto de fraude de ley ni causa ilícita en el acto)<sup>77</sup>.

42. En España, el tema de la filiación, inspirada por el principio de libre investigación de la paternidad del art. 39.2 CE, sucumbe con estos argumentos a la autonomía de la voluntad, en la medida que se reconoce la posibilidad de este reconocimiento por complacencia, tanto del padre como de la madre, puesto que la referida Sentencia llega a admitir que caben ciertamente reconocimientos de complacencia de la maternidad. En este sentido, si declara el Tribunal Supremo que este es un modo de establecer la filiación ¿por qué no puede empezar a hablarse de una filiación intencional? ¿Por qué si en la esfera interna no causa rechazo esta situación, se puede mantener y alegar orden público para denegar la inscripción de menores que han nacido con técnicas de reproducción asistida fuera de nuestras fronteras? Claramente existe un desajuste entre la norma y su aplicación o al menos en la doctrina propia del TS sobre este tema.

43. Dos dudas que me asaltan, la primera: ¿cómo puede hacerse una lectura conjunta del Auto del TS de 2 de febrero de 2015 y de la STS 494/2016 de 15 de julio, que fija doctrina en cuanto al reconocimiento de complacencia?

<sup>75</sup> El Dictamen y la noticia pueden consultarse en <http://diariolaley.laley.es/document/NE0001905246/20190423/El-TE-DH-aboga-por-legalizar-la-relacion-de-la-madre-no-biologica-y-el-bebe-nacido-por-gestacion-subr>. Me remito al comentario realizado por A. DURÁN AYAGO, “Protocolo nº 16 al Convenio Europeo de Derechos Humanos y gestación por sustitución: primera consulta planteada por la Corte de Casación francesa y primera respuesta para seguir sin desbrozar del todo el camino”, *Revista General de Derecho Europeo*, 48 (2019), pp.132-149.

<sup>76</sup> Sentencia del Tribunal Supremo, Sección 991, núm. 494/2016, 15 de julio 2016 (STS 3192/2016).

<sup>77</sup> Desde un planteamiento civilista la jurisprudencia emanada a partir de ella conduce a admitir que el propio reconocedor, aun sabiendo que no era el padre biológico del reconocido cuando lo reconoció, está legitimado para impugnar la paternidad por no coincidir con la verdad biológica como así lo han hecho las SSTS 4 julio 2011, que sienta la jurisprudencia sobre la cuestión, y 10 mayo 2012 (RJA 5965 y 6341).

Mantiene la STS 494/2016 que:

*[...]el reconocimiento de complacencia no es nulo por ser de complacencia. No cabe negar, por esa razón, la inscripción en el Registro Civil de tal reconocimiento de complacencia, aunque el encargado del Registro Civil disponga en las actuaciones de datos significativos y concluyentes de los que se deduzca que el reconocimiento no se ajusta a la verdad biológica<sup>78</sup>.*

44. Pero es más, basa las razones para fijar la doctrina en que:

[5ª] No cabe sostener la ilicitud de la causa del reconocimiento de complacencia sobre la base de que la intención del reconocedor es hacer nacer, al margen de las normas sobre la adopción, una relación jurídica de filiación entre él y la persona de la que sabe o tiene la convicción de que no es hijo biológico suyo, puesto que dicha motivación no puede considerarse contraria a la ley: el autor de un reconocimiento de complacencia de su paternidad no pretende (ni por supuesto conseguirá) establecer una relación jurídica de filiación adoptiva con el reconocido. No puede considerarse tampoco una motivación contraria al orden público, cuando el propio legislador (hoy la Ley 17/2006, de 26 de mayo) permite con gran amplitud las técnicas de reproducción humana asistida con gametos o preembriones de donantes. Ni contraria a la moral: se constata que los reconocimientos de complacencia de la paternidad son frecuentes, y no se aprecia que susciten reproche social; lo que sugiere que cumplen una función que, normalmente -cuando la convivencia entre el reconocedor y la madre del reconocido perdura-, se ajusta a los deseos y satisface bien los intereses de todos los concernidos.

45. ¿Cómo puede entender el Supremo que un reconocimiento de complacencia de paternidad/maternidad no atenta al orden público, a la moral ni a la legalidad vigente pero en cambio la inscripción de una filiación surgida de una gestación subrogada, que puede ser en la mayoría de los casos ajustada a la verdad biológica, sea incompatible con el orden público? Es difícil entender que se proteja el mismo interés superior del menor en ambos casos.

46. Aunque poco frecuentes, existen otros casos que quiero apuntar para mostrar que realidades divergentes con la ortodoxia jurídica se dan y no encuentran tanta resistencia por parte del legislador o del juzgador. Me refiero a que actualmente están admitidos los reconocimientos paternos sin previa inscripción de la maternidad o la segunda maternidad no biológica. Para los primeros hay que plantearse supuestos en los que se recurre a la gestación subrogada por varones que sólo quieren que quede determinada su paternidad, y no la de la gestante. Estos casos pueden acceder perfectamente al Registro Civil si se han formalizado en documento público o ante el Encargado del Registro Civil, y si se realizan dentro del plazo para inscribir el nacimiento (lo que puede acreditarse con la certificación extranjera del nacimiento, que siempre se producirá en algún país donde se permita la gestación subrogada), sin necesidad de ningún requisito para ser eficaces y determinar la paternidad (art. 124.II CC). Para los segundos<sup>79</sup>, la interpretación de la RDGRN de 8 de febrero de 2017 del art. 44.5 LRC supone la creación de un nuevo mecanismo para la determinación de la filiación extramatrimonial específico para los matrimonios de mujeres, basado en la mera voluntad, no sujeto a formalidad o limitación temporal en su ejercicio/declaración<sup>80</sup>. Con ello se incide aún más en la admisión de la determinación de la filiación

<sup>78</sup> Fundamento de Derecho Tercero (la negrita es nuestra).

<sup>79</sup> La doble maternidad no biológica presenta algunas complejidades que van más allá de lo que pretendo en estas páginas, aunque me sirve para constatar las diferentes y complejas realidades a las que se enfrenta el derecho de familia actual y las diferentes sensibilidades que la jurisprudencia está teniendo. Remito sobre esta cuestión a M<sup>a</sup>. B. ANDREU MARTÍNEZ, “La doble maternidad tras la reforma del artículo 7.3 LTRHA y la resolución de la DGRN de 8 febrero de 2017: ¿Realmente avanzamos o hemos retrocedido?”, *InDret*, Vol. 2, 2018, accesible en <https://ssrn.com/abstract=3174902>.

<sup>80</sup> El artículo 7.3 de la LTRHA se introdujo en el 2007 para dar cabida a las demandas de determinación de doble maternidad derivadas de la admisión del matrimonio entre personas del mismo sexo. Este precepto no equiparó sin más el matrimonio entre mujeres con el matrimonio heterosexual a los efectos de filiación, sino que estableció un procedimiento específico para determinar la filiación respecto de dos mujeres en ciertos casos. Como ha señalado parte de la doctrina, se introdujo de este modo un nuevo título para la determinación de la filiación de manera extrajudicial, dando cabida dentro de la filiación “por naturaleza” a un nuevo supuesto de determinación de la filiación con base en la voluntad de la persona de tener al hijo como propio. La Ley 19/2015 modificó el art. 7.3 LTRHA para favorecer la inscripción de esta segunda maternidad, alterando lige-

con base en la mera voluntad de serlo<sup>81</sup>. Son solo dos ejemplos reales y actuales dentro del ordenamiento jurídico español donde los estándares colapsan para adecuarse a las nuevas realidades sociales sin que se haya producido controversia alguna (más allá de discusiones doctrinales).

47. En todo caso, y volviendo al tema que me ocupa, entiende el Tribunal que un reconocimiento por complacencia no atenta, repito, al orden público español, aun a sabiendas del Encargado del Registro de que el reconocimiento que está realizando no se ajusta a la verdad biológica. Incluso (Fundamentos de Derecho Segundo) mantiene que *[C]aben ciertamente reconocimientos de complacencia de la maternidad; pero en lo que sigue contemplaremos sólo los referidos a la paternidad, puesto que es este el caso de autos y, con mucho, el más frecuente en la práctica; y también en beneficio de la claridad del análisis, habida cuenta de la complejidad jurídica de la materia.*

48. Con esta sentencia en la mano, y viendo que lo que se busca realmente es la protección del menor dotándole de una filiación acorde con sus deseos (una suerte de filiación intencional en el fondo), el propio TS podría ser consecuente con su doctrina y permitir crear jurisprudencialmente una vía de acceso para los supuestos de gestación subrogada.

O cuanto menos, y enlazo con la segunda duda, ¿cómo es posible que aun aferrándose a la aplicación del orden público no se le haya ocurrido hacer uso del *orden público atenuado* para proteger a esos menores? Si atendemos a la STS de 24 de enero de 2018<sup>82</sup>, el uso del orden público atenuado no supone ninguna dificultad para el Alto Tribunal, que ya consideró que:

*[...] en nuestro propio ordenamiento jurídico existe un concreto efecto reconocible para los matrimonios polígamos de súbditos marroquíes y, por tanto, respondiendo a la primera de las cuestiones de interés casacional, si el Estado español reconoce esos efectos "atenuados" a las situaciones de poligamia de súbditos marroquíes, no es acertado oponer la cláusula general de orden público al reconocimiento de la condición de beneficiarias de la pensión de viudedad, ello aunque nos encontremos en un supuesto de clases pasivas del Estado.*

49. Creo que puede tomarse en consideración (para extrapolarse al tema de la gestación subrogada), la opinión mantenida por el Tribunal en esta sentencia por varias razones, siendo la más obvia, la proximidad en el tiempo, ya que la resolución a la que me refiero recayó en enero de 2018, por lo que la conceptualización de qué entender por orden público no se ve distorsionada por el transcurso o el cambio en las circunstancias sociales producidas por el paso del tiempo. También por el propio concepto que se estudia, la poligamia, que a decir del propio Tribunal apoyándose en anterior jurisprudencia propia<sup>83</sup> mantiene que:

*[la poligamia] no es simplemente algo contrario a la legislación española, sino algo que repugna al orden público español, que constituye siempre un límite infranqueable a la eficacia del Derecho extranjero (art. 12.3 CC). Entendido el orden público como el conjunto de aquellos valores fundamentales*

---

ramente los requisitos para prestar el consentimiento a esta doble filiación materna, lo que dio pie a que la DGRN propusiera una interpretación en 2017 que alteraba el esquema seguido hasta ese momento. Se dispone ahora que cuando la mujer (que se somete a técnicas de reproducción asistida) estuviera casada, y no separada legalmente o de hecho, con otra mujer, ésta última podrá manifestar conforme a lo dispuesto en la Ley del Registro Civil que consiente en que se determine a su favor la filiación respecto al hijo nacido de su cónyuges, sin que sea necesario acreditar, con un certificado de una clínica de reproducción asistida, que la concepción fue asistida. La RDGRN de 9 febrero 2017 permitió así la inscripción del tercer hijo de una pareja de lesbianas que fue concebido mediante una inseminación doméstica declarando expresamente que ni el art. 44.4 LRC/2011, al que se remite el art. 7.3 LTRHA, ni éste, exigen probar la reproducción asistida.

<sup>81</sup> Situación que puso de relieve S. QUICIOS MOLINA, *Determinación e impugnación de la filiación*, Thomson Reuters Aranzadi, Cizur Menor (Navarra), 2014, y en “¿Cómo puede determinarse la maternidad de la esposa de la mujer que ha dado a luz un hijo concebido utilizando alguna técnica de reproducción asistida? Comentario a la Sentencia del Tribunal Supremo de 5 de diciembre de 2013”, *Cuadernos Civitas de Jurisprudencia Civil*, núm. 95, 2014.

<sup>82</sup> STS Sala de lo Contencioso, Sección 4ª, núm. 84/2018, de 24 de enero de 2018 (STS 121/2018).

<sup>83</sup> Las Sentencias de la propia Sala de 14 de julio de 2004, de 10 y de 18 de junio de 2008, de 14 de julio de 2009, y de la dictada el 4 de julio de 2011 (FD Quinto).

*e irrenunciables sobre los que se apoya nuestro entero ordenamiento jurídico, resulta incuestionable la incompatibilidad con el mismo de la poligamia; y ello sencillamente porque la poligamia presupone la desigualdad entre mujeres y hombres, así como la sumisión de aquellas a éstos. Tan opuesta al orden público español es la poligamia, que el acto de contraer matrimonio mientras subsiste otro matrimonio anterior es delito en España (art. 217 CP). En esencia, la falta de reconocimiento de efectos al matrimonio polígamo destaca en la idea de que atentaría contra la concepción española del matrimonio y contra la dignidad constitucional de la mujer.*

**50.** Esto es, si bien para el Estado español la poligamia no tiene cabida por atentar al orden público español por lo incompatible y dañino que es, encuentra que sí es posible modular o “atenuar” su reconocimiento a los efectos de proteger o garantizar que las “viudas” alcancen a cobrar su pensión de viudedad.

¿No podría el TS haber encontrado una motivación similar de manera que aún manteniendo dentro del núcleo esencial o nuclear de rechazo la gestación subrogada se pudieran reconocer como efectos periféricos la filiación de estos menores determinada en el extranjero para mantener el interés superior del menor?

**51.** La respuesta me lleva a replantear de nuevo la solución que planteó el TS, esto es, la protección a través de los diferentes mecanismos que el Código Civil ofrece. Pero trataré de hacerlo no en abstracto sino a la luz de algunos casos concretos, para ver si tantas reticencias a aplicar una solución tan fácil como reconocer las filiaciones constituidas en el extranjero se sostiene o si la solución ofrecida por el tribunal no es más que una huida hacia delante.

## VII. Por qué la solución no resuelve la situación

**52.** Antes me he referido a 2 casos que quiero explicar ahora, para justificar (si es que aun hace falta hacerlo) la necesidad de regular y de resolver las situaciones existentes y creadas. Ambos casos, uno en Barcelona y otro en Murcia suponen la existencia de una familia con una descendencia biológica creada a partir de la gestación subrogada, una en Tailandia y la segunda en Ucrania. En ambos casos, determinada la filiación respecto del padre, los cónyuges ya en España solicitan la adopción de la menor. Estaríamos por tanto recurriendo a la *solución* que el TS manifestara en 2015 de acudir a las soluciones que el derecho interno español dispone para garantizar la protección de los menores. En primera instancia ambas obtienen un rechazo de plano tanto por parte del Ministerio Fiscal como por parte del Tribunal, llegando a segunda instancia ante la Audiencia Provincial con diferente final<sup>84</sup>.

**53.** El Auto AP de Barcelona confirma la denegación de la adopción de los dos menores de edad por parte del actor, pareja estable del padre legal de ambos menores. Los menores nacieron en virtud de un contrato de maternidad subrogada en Bangkok, constando como el padre el otro integrante de la pareja y la madre gestante tailandesa en el Servicio Consular de España en Bangkok. Existen pruebas genéticas realizadas tanto en Tailandia como en España que acreditan que quien ostenta la filiación legal es también el padre biológico, así como que quien promueve la adopción es la pareja estable del padre, que convive con los menores desde su nacimiento y que ejerce la posesión de estado de padre de los mismos desde 2015 que resultaron empadronados en el domicilio de la pareja<sup>85</sup>. Los hechos requerirían

<sup>84</sup> Aunque ya he hecho referencia a ellas, reitero que me voy a referir al Auto de la Audiencia Provincial de Barcelona, Sección 18ª, núm. 565/2018, de 16 de octubre de 2018 (AAP B 6494/2018) y a la Sentencia de la Audiencia Provincial de Murcia, Sección 4ª, núm. 91/2019, de 31 de enero de 2019 (SAP MU 181/2019).

<sup>85</sup> No es baladí el tema de la ostentación de la posesión de Estado ya que el TS se ha pronunciado sobre esta vía para acceder a la filiación en supuestos de doble filiación materna en la STS 5 diciembre 2013 (RJ 2013, 7640) en la que se estimó la demanda de reclamación interpuesta por la excónyuge de la madre, apoyada exclusivamente en la posesión de estado de una filiación materna. Las dos madres del litigio se divorciaron después del nacimiento de las gemelas concebidas mediante técnicas de reproducción asistida, y la no gestante, que había convivido con las nacidas y era legalmente la madre adoptiva de una hermana mayor, reclamó tras la separación que se declarara por sentencia judicial que era madre de las dos pequeñas, con base en la posesión de estado acreditada. El Tribunal Supremo admitió que esta segunda maternidad, podía establecerse por



un hilvanado mucho más fino que el que ahora voy a trazar<sup>86</sup>, pero en realidad lo que quiero resaltar no es la adecuación más o menos técnica que se produjo en este caso, sino el resultado al que puede conducir la rígida postura de los tribunales, incluso cuando se admite y exige el cumplimiento de la Instrucción de la DGRN de 2010<sup>87</sup>. Esto es, a sabiendas de que los menores han sido concebidos por maternidad subrogada; que para las autoridades extranjeras involucradas en la documentación inicial de los menores el contrato fue válido y se produjo con respeto y adecuación a sus normas internas y por lo tanto se expidieron los documentos que así se acompañan<sup>88</sup>; que los niños llevan residiendo desde 2015 con quien para ellos son sus padres, tanto intencionales como de hecho; con todo ello, la pareja del padre no puede adoptar a los que considera sus hijos ya que (FD Quinto, *final*):

*[...] aun atribuyendo efectos a la inscripción registral de la paternidad, no constando suficientemente acreditado que la madre gestante tuvo la oportunidad de ser oída en un proceso contradictorio, con plenas garantías a sus derechos y que su renuncia o consentimiento a la adopción ha sido prestado con libertad y conocimiento de las consecuencias, presentes y futuras de su decisión para ella y para los hijos, no nos encontraríamos ante el asentimiento a que se refiere el art. 235-32 y el art. 235-41 del mismo CCCat. y por lo tanto no se cumplen los requisitos exigidos para la constitución de la adopción.*

**54.** Entiendo y comparto la opinión de proteger en los casos de adopción las garantías de los progenitores de los menores que van a ser entregados en adopción, pero resulta complicado exigir el cumplimiento de unas obligaciones pensadas para la adopción superponiéndolas a una figura como es un contrato de gestación subrogada, que ya tiene su propia regulación en origen. Difícilmente van a poder coincidir los efectos o requisitos de ambas figuras porque responden no solo a objetivos diferentes, sino que en este caso además obedecen a dos legislaciones de dos Estados diferentes. Vuelvo al inicio, ¿qué interés se trata de proteger al denegar la adopción por parte de la pareja del padre? ¿se consigue de este modo el objetivo que llevó al TS en 2015 a denegar la inscripción registral extranjera a reconducir todas estas situaciones a otras soluciones?

**55.** El caso de la SAP de Murcia es para mi el más ilustrativo de la bipolaridad en la que vivimos. Nacida una menor en Ucrania en 2017, aparece en el registro consular de Kiev, como hija del marido de la actora y de la madre gestante, quien, ante el mismo funcionario presta su consentimiento para la adopción de la menor por parte de la esposa del padre. Iniciado el trámite en España de la adopción<sup>89</sup>, el Ministerio Fiscal requiere que la solicitante aporte la inscripción del Registro Civil ucraniano, lo que hace, constando en la misma la solicitante como madre de la menor, junto a su marido como padre<sup>90</sup>,

---

sentencia judicial, de modo que estableció que la maternidad de la esposa de la madre gestante de hijos concebidos en un centro de reproducción asistida puede determinarse legalmente no sólo con el título extrajudicial correspondiente (art. 7.3 LTRHA), sino también si se ejerce una acción de reclamación judicial de la maternidad basada en la voluntad de ser madre expresada antes del nacimiento del hijo, aceptando en el formulario médico la fecundación asistida de la pareja, y existiendo posesión de estado (art. 131 CC, por remisión del artículo 7.1 LTRHA). Esta segunda filiación materna, matrimonial, quedaría determinada legalmente por sentencia firme, como prevén el art. 115.2.º CC y el art. 764.1 LEC.

<sup>86</sup> Me refiero por ejemplo al hecho de la falta de legalización de los documentos originales, que para el juzgador supone una merma injustificada de derechos, a pesar de que el propio Encargado de Asuntos Consulares haga constar que el Ministerio de Asuntos Exteriores no legaliza prácticamente ningún documento tailandés (FD Segundo).

<sup>87</sup> Es paradójico que cuando existe una resolución judicial acorde con esta Instrucción de 2010 los tribunales deniegan la inscripción aludiendo al orden público y remitiendo el asunto a otros cauces (adopción, acción de paternidad...) sin querer aceptar como válida esta Instrucción de la DGRN y que en cambio ante países en los que existiendo regulación de la maternidad subrogada no hay previsto un procedimiento judicial de la misma, se deniegue la inscripción y validez de esta filiación amparándose en que no se cumplen los criterios que la Instrucción requiere para que entren en nuestro ordenamiento jurídico, refiriéndose básicamente a la inexistencia de la resolución judicial.

<sup>88</sup> Entender lo contrario nos llevaría o bien a dar por supuesto la corrupción del sistema expidiendo documentos sin la concurrencia de requisito alguno; o bien a dar por supuesto la inversión de la carga de la prueba, de modo que siempre presumiríamos la vulneración de los derechos elementales salvo que las partes pudieran demostrar que no fue así. Y en ese caso, ¿la demostración del respeto de esos derechos se debería hacer desde el ordenamiento jurídico que realiza el acto, o desde el ordenamiento jurídico que deba valorar con posterioridad esas actuaciones?

<sup>89</sup> Lo que sigue es casi la transcripción literal del Fundamento de Derecho Primero de la mentada Sentencia.

<sup>90</sup> Como explica J. FLORES RODRÍGUEZ, "Atrapados en un vientre de alquiler en Ucrania...", op.cit., en Ucrania, la ley atribuye en estos casos la maternidad a una mujer distinta de la gestante en virtud del art. 123 del Código civil ucraniano (en la

razón por la que el MF se opone a la adopción *porque la solicitante es la madre de la menor*<sup>91</sup> y el art.175.3.1º CC impide la adopción de los propios hijos.

**56.** Aunque la AP de Murcia estima la pretensión y accede a la adopción, no deja de ser llamativo que el Ministerio Fiscal y el juez de Primera instancia no vieran tal necesidad y se aferraran a un acta de nacimiento contradictoria con la inscripción registral consular para denegar la adopción de la menor, a pesar de no ser hechos controvertidos la existencia del consentimiento prestado por la madre gestante después de las seis semanas del parto con lo que se cubrían todos los presupuestos formales para que siguiera adelante el expediente de adopción.

**57.** Si realmente el TS entendía que no cabe acudir a la Instrucción de 2010 (y practicar la inscripción registral cuando se den los requisitos por ella exigidos) porque caben otras vías para proteger a los menores ¿está demostrando la práctica judicial que esto es realmente así?

#### IV. La regulación ha de ser la respuesta

**58.** Dice el refranero español que *de buenas intenciones está el infierno lleno*, y puedo intentar creer que cuando en su momento el TS apeló al orden público y a otros recursos legales para determinar la filiación de los menores nacidos por maternidad subrogada le guiaban buenas intenciones, o al menos lo que para él eran buenas intenciones (*biopoder*). Pero al no regular, al no permitir acceder a las filiaciones de los nacidos por medio de la maternidad subrogada o hacerlo con tantas dificultades está implicando dejar en el limbo legal a menores. No reconocer o no prever una fórmula alternativa para que los así nacidos puedan establecer jurídicamente su filiación biológica es un atentado a sus derechos fundamentales.

**59.** Nos planteamos así, varias reflexiones finales, ya que los conflictos de leyes y las divergencias en el modo de regular la situación entre los diferentes Estados implicados, ponen de manifiesto las discrepancias sobre todo en la cuestión de la filiación de estos menores y en el modo de perfilar esta institución. Hay que destacar que la referencia a los diferentes Estados puede ser mucho más cercana a lo que imaginamos, en el sentido de que incluso entre los países miembros del Consejo de Europa y entre los Estados miembros de la UE hay importantes contradicciones, de modo que podemos observar<sup>92</sup> un primer grupo de Estados que consideran que los nacidos en virtud de estas técnicas deben ser considerados “hijos” de los comitentes o *intended parents*, mientras que un segundo grupo de Estados entienden que el nacido es, ante la Ley, hijo, exclusivamente, de la mujer que da a luz y no de los comitentes (*intended parents*) y que los contratos de gestación por sustitución son nulos de pleno derecho y carecen de efecto legal alguno<sup>93</sup>. Como ya hemos señalado, España está en este segundo grupo, lo que a los efectos

---

redacción dada por Ley núm. 524-V de 22 de diciembre de 2006) que mantiene que *[E]n caso de implantación en el útero de otra mujer de un embrión obtenido a partir de los gametos de ambos cónyuges, estos serán considerados como padres del niño*. Completado por la Orden del Ministerio de la Sanidad pública de Ucrania núm. 787, de 9 de septiembre de 2013, P. 6.9. *La inscripción del niño nacido a partir del uso de técnicas de asistencia reproductiva mediante maternidad subrogada se realizará conforme al orden establecido por la legislación vigente de Ucrania cuando exista certificado de parentesco genético de los padres (madre o padre) con el feto* y por la Orden del Ministerio de Justicia de Ucrania núm. 140/5 de 18 de noviembre de 2003, de modificación y adición a las reglas del Registro Civil, que dispone en su P. 2.2, que *[S]i la mujer a la que se implantó un embrión obtenido a partir de los gametos de ambos cónyuges da a luz, la inscripción de nacimiento se practicará a partir la declaración de los cónyuges que prestaron su consentimiento a la implantación. En este caso, junto al documento que confirma el hecho del nacimiento del niño de la otra mujer, se presentará el consentimiento por escrito de ambos cónyuges, certificado por Notario, en el que manifiestan ser los padres del niño a los efectos de la inscripción*.

<sup>91</sup> Me parece surrealista que siga diciendo el Ministerio Fiscal que lo procedente habría sido recurrir la inscripción consular donde se hace constar otra filiación materna diferente.

<sup>92</sup> Proponemos en este sentido la lectura de A. DURÁN AYAGO, “El acceso al Registro civil de certificaciones registrales extranjeras a la luz de la ley 20/2011: relevancia para los casos de filiación habida a través de gestación por sustitución”, *Anuario Español de Derecho internacional privado*, 2012, pp. 265-308, en concreto pp. 277-283, donde de manera sistematizada recoge los grupos de Estados atendiendo a las tendencias reguladoras.

<sup>93</sup> Sobre los Estados concretos que podemos encontrar en ambos grupos vid. también A.-L. CALVO CARAVACA y J. CARRAS-COSA GONZÁLEZ, en “Gestación por sustitución y derecho internacional privado...”, op.cit., pp.48-49.

que estamos estudiando supone que los menores nacidos en el extranjero a través de la gestación por sustitución, no van a ver reconocida esta filiación al llegar a territorio español, lo cual plantea serias dudas sobre el alcance material del interés superior del menor en estos casos.

**60.** Sabedora de la problemática de estos asuntos, la Conferencia de La Haya de Derecho Internacional Privado tiene desde hace ya unos años un Grupo de expertos estudiando la elaboración de un proyecto sobre Filiación/Maternidad subrogada<sup>94</sup>. El informe publicado sobre su reunión en enero de 2017<sup>95</sup> pone de manifiesto *la pertinence de la question de la filiation juridique pour tous, et non seulement pour les mineurs*, a pesar de que son ellos los más afectados por estas decisiones al recaer sobre los mismos los efectos.

**61.** Pero ¿cómo y qué hay que regular? La *Proposición de Ley reguladora del derecho a la gestación por subrogación presentada por el Grupo Parlamentario Ciudadanos* se plantea solo una regulación interna, sin perspectiva internacional, ya que no atiende o se preocupa de la gestación por subrogación cuando se ha llevado a cabo en el extranjero, lo cual sigue dejando sin respuesta a aquellos menores que no han alcanzado los registros nacionales. Sin entrar a valorar ahora el contenido de la propuesta legislativa sí hay que reconocer al menos la aportación de un texto sobre el que empezar a trabajar aunque me inclino más a trabajar sobre la idea manifestada por el profesor ÁLVAREZ GONZÁLEZ en una de sus últimas aportaciones a este tema<sup>96</sup> de reflexionar sobre la posibilidad de regular atendiendo al modelo seguido para las adopciones internacionales, en el sentido de buscar un texto similar al del Convenio de La Haya de 1993 con todos los matices que él ya acierta a apuntar.

**62.** Excedería la extensión y tiempo concedido entrar en la valoración de cada una de las posibilidades ofrecidas por cada modo de abordar la regulación de la maternidad subrogada, pero creo que es fundamental arrancar desde la regulación si lo que se quiere es erradicar esta pérdida del interés del menor atendiendo al modo en que ha venido a este mundo.

---

<sup>94</sup> Vid. <https://www.hcch.net/fr/projects/legislative-projects/parentage-surrogacy/>

<sup>95</sup> Vid. <https://assets.hcch.net/docs/443f72ec-a21e-45b0-8503-e28533aeded6.pdf>

<sup>96</sup> S. ÁLVAREZ GONZÁLEZ, “Nuevas y viejas reflexiones sobre la gestación por sustitución”, op.cit.

# LA PROBLEMÁTICA DERIVADA DEL RECONOCIMIENTO DE LOS EFECTOS DEL CONTRATO DE GESTACIÓN SUBROGADA DESDE LA PERSPECTIVA DEL DERECHO DEL TRABAJO Y DE LA SEGURIDAD SOCIAL

## THE PROBLEM DERIVED FROM RECOGNIZING THE EFFECTS OF GESTATION CONTRACT SUBROGATED FROM THE PERSPECTIVE OF LABOR LAW AND SOCIAL SECURITY

DAVID TOMÁS MATAIX

*Abogado*

*Doctorando en Derecho, Ciencia Política y Criminología (UV)*

Recibido: 05.06.2019 / Aceptado: 05.07.2019

DOI: <https://doi.org/10.20318/cdt.2019.4962>

**Resumen:** El contrato de gestación subrogada es nulo de pleno derecho en España por ser claramente contrario a los principios más esenciales de nuestro ordenamiento jurídico, siendo tal consecuencia expresada en la Ley 14/2006, de 26 de mayo. Pese a ello, de su celebración derivan una serie de efectos en el ámbito del Derecho del Trabajo y de la Seguridad Social, surgidos a partir de la creación de una nueva realidad familiar resultada del nacimiento de un menor de edad.

**Palabras clave:** maternidad subrogada, nulidad, derechos sociales, Seguridad Social, interés superior del menor.

**Abstract:** The surrogate motherhood contract is declared invalid in Spain because it is clearly contrary to the most essential principles of our legal system, this being expressed by the Law 14/2016, 26th of May. However, a series of effects derive from the celebration in the field of Labor and Social Security Law, arising from the creation of a new family reality resulting from the birth of a minor.

**Keywords:** surrogate motherhood, nullity, social security, social rights, children's interest.

**Sumario:** I. Introducción. II. La gestación subrogada a la luz de la jurisprudencia del Tribunal Europeo de Derechos Humanos. III. Sucinta mención al marco jurídico de la gestación subrogada en el derecho español. IV. Maternidad subrogada y la prestación por nacimiento y cuidado de menor. Una cuestión de interpretación. 1. Una visión anterior a la reforma mediante el RD-Ley 6/2019, de 1 de marzo. 2. La gestación subrogada frente a la prestación por nacimiento y cuidado de menor. Nuevas perspectivas interpretativas de la norma. V. Conclusiones.

### I. Introducción

1. La gestación por sustitución entraña un arduo debate donde entran en juego argumentos éticos, políticos e incluso religiosos. Empero, de todos es sabido que en España, en los últimos treinta años, el modelo de familia ha dado un giro radical llegando a normalizar diferentes tipos de concepciones al término *familia*. Uno de estos nuevos modelos de familia que ha emergido en estas últimas décadas ha sido el nacido a través de un contrato de gestación subrogada.

2. Tal y como ha venido definiendo la doctrina<sup>1</sup>, la gestación por sustitución es un supuesto especial de reproducción humana asistida mediante el cual una mujer, mediando acuerdo previo, ya fuere con precio o sin él, se obliga a gestar un bebé con el mero fin de entregarlo después del alumbramiento para que otra u otras personas puedan ser padres biológicos o no, renunciando, consiguientemente, a su filiación. Este técnica es conocida también, entre otras acepciones, como maternidad portadora, suplente, sustitutiva o de encargo, localización de vientres o contrato de servicios de incubación de un útero ajeno. De tal modo que, en realidad, la gestación subrogada es una técnica por medio de la cual una mujer porta en su vientre un embrión implantado hasta el nacimiento, para el beneficio de otra mujer, de un hombre, o de una pareja, ya fuere matrimonial, no matrimonial, heterosexual u homosexual.

3. Dejando al margen el concepto, y como analizaremos durante esta disertación legal, el contrato de gestación subrogada es nulo de pleno derecho en aplicación del artículo 10 de la Ley de Técnicas de Reproducción Humana Asistida, así como por ser contrario al ordenamiento jurídico español. Sin embargo, y pese a la nulidad señalada, no es menos cierto que de su celebración se han derivado una serie de efectos, en concreto, como he señalado anteriormente, la creación de una nueva realidad familiar emanada del nacimiento de menores de edad.

4. Se debe agregar que, sin olvidar la ineludible nulidad radical del convenio de gestación subrogada, hoy día el legislador no ha dado solución alguna a la regulación de los efectos surgidos del mismo, es decir, al nacimiento de los menores. De tal suerte que, la respuesta a dichos conflictos ha venido dada, en primer lugar, en el ámbito del Derecho Civil, por una interpretación de la norma por parte de la Dirección General de los Registros y del Notariado; y, en segundo lugar, desde el ámbito del Derecho del Trabajo y de la Seguridad Social, a través de una interpretación analógica de la normativa social realizada por parte de la Sala Cuarta del Tribunal Supremo que, a su vez, ha sido asumida por parte del Instituto Nacional de la Seguridad Social. Consecuentemente, en la actualidad, todos aquellos recién nacidos mediante un convenio de gestación subrogada se encuentran en un limbo jurídico donde la única solución radica en la interpretación analógica realizada por los tribunales de justicia.

5. En lo que se refiere a las prestaciones de la Seguridad Social, resulta elemental señalar que estas guardan una íntima relación con el derecho a la igualdad, proclamado en el artículo 14 de la Constitución Española. En particular, con el derecho a la igualdad independientemente de las circunstancias que rodearon el nacimiento de las personas. De otro lado, no es baladí hacer mención que el constituyente estableció en el artículo 39 de la Constitución Española la imperiosa obligación de los poderes públicos de asegurar la protección social, económica y jurídica de la familia, así como la protección de los hijos, independientemente de su filiación. Por consiguiente, y en principio, el legislador vendría obligado a establecer los mecanismos legales oportunos a fin de proteger el cuidado del menor, a través de las prestaciones o derechos sociales correspondientes, y todo ello sin hacer distinción alguna sobre el modo por medio del cuál éste ha sido engendrado.

## II. La gestación subrogada a la luz de la jurisprudencia del Tribunal Europeo de Derechos Humanos

6. Con carácter previo al sucinto estudio de los diferentes pronunciamientos del Tribunal Europeo de Derechos Humanos (TEDH)<sup>2</sup>, en relación a los efectos del convenio de gestación subrogada en cuanto a la inscripción de los menores se refiere, debemos dejar patente que el TEDH no entra a valorar sobre la legalidad de los convenios de gestación subrogada, pues, además, reconoce la disparidad de regulaciones existentes en los diferentes países que componen la Unión Europea. Por tanto, el TEDH ha venido pronunciándose sobre casos concretos, analizando si la medida adoptada por un país concreto ha supuesto o no una vulneración de derechos regulados en el Convenio Europeo de Derechos Humanos.

<sup>1</sup> Entre otros, A. J. VELA SÁNCHEZ, *La maternidad subrogada: estudio ante un reto normativo*. Editorial Comares, 2012, p. 1.

<sup>2</sup> Estas sentencias son analizadas en profundidad en L. PERTUSA RODRÍGUEZ, "Dimensión consular de la gestación por sustitución en Derecho Internacional Privado". *Cuadernos de Derecho Transnacional*, vol. 10, núm. 2, pp. 604-605.

7. Dicho esto, el TEDH, en las sentencias de los casos *Mennesson c. Francia* y *Labasse c. Francia*, de 26 de junio de 2014 donde resolvió la demanda interpuesta por los padres intencionales tras ver negada por los Tribunales franceses la inscripción de la filiación de los menores en Francia, falló a favor de los padres intencionales. Así, a fin de justificar tal decisión, el Tribunal, atendiendo la nueva realidad familiar surgida del nacimiento de los menores, y considerando que el derecho da la identidad forma parte del concepto de intimidad, entendiendo que el rechazo al reconocimiento de la filiación de los menores a favor de los padres comitentes vulneraba el derecho a la vida privada de los menores regulado en el artículo 8 del Convenio Europeo de Derechos Humanos (en adelante, CEDH). Es decir, el TEDH consideró que la actitud de Francia –donde la gestación subrogada está prohibida– vulneraba el interés de los menores, así como su derecho a la vida privada<sup>3</sup>.

8. De la misma forma resolvió el TEDH en el caso *Paradiso y Campanelli c. Italia*. En este caso, al contrario de los anteriores, no existía relación biológica entre los menores y los padres comitentes. Pese a ello, el Tribunal reconoció que existía una vida familiar de facto aunque ésta sólo hubiera durado 6 meses, y ello a pesar de la inexistencia de tal vínculo. Consiguientemente, declaró la negativa de Italia de inscribir a los menores como hijos de los padres comitentes en Italia como una decisión que vulneraba flagrantemente el derecho a la vida privada de los menores del artículo 8 CEDH. Empero, la resolución que ponía fin al caso *Paradiso y Campanelli c. Italia* fue revisada y, finalmente, revocada, mediante la sentencia de 24 de enero de 2017, dictada por la Gran Sala del Tribunal Europeo de Derechos Humanos.

9. Como decimos, la Gran Sala consideró –al contrario que en las anteriores resoluciones mencionadas– que el dato relativo al vínculo biológico era del todo relevante. De modo que, estimó que debido a la no existencia de vínculo entre el menor y los padres comitentes, sumado a la corta duración en la relación y su consecuente falta de afianzamiento familiar desde una perspectiva jurídica, la decisión de los tribunales italianos no atentaba contra ningún derecho reconocido en la CEDH. Así, el TEDH consideró que los Tribunales italianos habían actuado correctamente, dando una solución equilibrada a un supuesto donde los padres comitentes habían cometido un acto ilegal, movidos por un sentimiento narcisista.

10. Sin embargo, recientemente, el día 4 de abril de 2019, el Tribunal Europeo de Derechos Humanos emitió opinión consultiva en respuesta a la solicitud presentada por el Tribunal de Casación de Francia, acordando por unanimidad en un supuesto de gestación subrogada donde existe vínculos biológicos entre el padre y el niño recién nacido, habiéndose utilizado gametos de una tercera donante, que:

- “El derecho del niño al respeto de su vida privada en el sentido del artículo 8 del Convenio exige que la legislación nacional prevea la posibilidad de reconocer una relación jurídica paterno-filial con la madre comitente, designada en el certificado de nacimiento legalmente establecido en el extranjero como "madre legítima";
- El derecho del niño al respeto de su vida privada en el sentido del artículo 8 del Convenio no exige que dicho reconocimiento adopte la forma de inscripción en el registro de nacimientos, matrimonios y defunciones de los datos de la partida de nacimiento legalmente establecida en el extranjero; pueden utilizarse otros medios, como la adopción del niño por la madre comitente, siempre que el procedimiento establecido por la legislación nacional garantice que pueda ser aplicado con prontitud y eficacia, de conformidad con el interés superior del niño”<sup>4</sup>; garantizando –al margen de la apreciación que disponen los Estados en

<sup>3</sup> O. SALAZAR BENÍTEZ, *La gestación para otros: Una reflexión jurídico-constitucional sobre el conflicto entre deseos y derechos*. Editorial Dykinson, S.L, Madrid, 2018, p. 131.

<sup>4</sup> Podemos encontrar la opinión consultiva traducida al español en la web del Ministerio de Justicia. En concreto, en el siguiente enlace: [https://www.mjusticia.gob.es/cs/Satellite/Portal/1292429190384?blobheader=application%2Fpdf&blobheadername1=Content-Disposition&blobheadername2=Grupo&blobheadervalue1=attachment%3B+filename%3DDictamen\\_de\\_10\\_de\\_abril\\_de\\_2019\\_en\\_relacion\\_con\\_el\\_reconocimiento\\_en\\_el\\_Derecho\\_interno\\_de\\_una\\_rela.PDF&blobheadervalue2=Docs\\_TEDH\\_Tribunal](https://www.mjusticia.gob.es/cs/Satellite/Portal/1292429190384?blobheader=application%2Fpdf&blobheadername1=Content-Disposition&blobheadername2=Grupo&blobheadervalue1=attachment%3B+filename%3DDictamen_de_10_de_abril_de_2019_en_relacion_con_el_reconocimiento_en_el_Derecho_interno_de_una_rela.PDF&blobheadervalue2=Docs_TEDH_Tribunal)

cuanto a la elección de los medios— que exista un procedimiento sucinto y eficaz que garantice el interés superior del menor”.

11. Por tanto, como se aprecia con anterioridad de las conclusiones que se relacionan, el TEDH parece haber cambiado radicalmente de postura, considerando que el Estado debe tomar las medidas necesarias, rápidas en su trámite, oportunas y eficaces a fin de salvaguardar el interés superior del menor.

### III. Sucinta mención al marco jurídico de la gestación subrogada en el derecho español

12. Del mismo modo que en la mayoría de países de la Unión Europea<sup>5</sup>, el legislador español ha establecido la total y absoluta nulidad del convenio de gestación subrogada a través de la Ley 14/2006, de 26 de mayo, sobre Técnicas de Reproducción Humana Asistida. En efecto, en el apartado primero del artículo 10 de la mencionada ley se establece que *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*; es más, los apartados segundo y tercero del artículo reseñado vienen a determinar que la filiación de aquellos hijos nacidos mediante esta técnica vendrá dada por el parto, independientemente de la relación biológica de la madre gestante con el recién nacido, estableciéndose la posibilidad de que el progenitor biológico pueda reclamar la maternidad o paternidad a través de las reglas generales establecidas en el Código Civil.

13. Empero, y al margen de la prohibición legal mencionada, la figura de la gestación subrogada es —según sectores doctrinales— radicalmente nula al ser claramente contraria a los principios más esenciales de nuestro ordenamiento jurídico. En efecto, a la misma conclusión llegaríamos en aplicación del artículo 1.271 del Código Civil, el cual prescribe que tan solo pueden ser objeto de contrato aquellas cosas que no están fuera del comercio de los hombres<sup>6</sup>, de tal manera que cualquier contrato cuyo objeto fuera cualquier elemento del cuerpo humano sería nulo de pleno derecho, dado que se considera que el cuerpo humano es un bien inalienable que queda al margen de cualquier facultad de disposición<sup>7</sup>. De igual modo lo apunta el propio artículo 1.275 del Código Civil, el cual establece con claridad meridiana que de todo contrato cuyo causa sea ilícita no emergerá efecto alguno<sup>8</sup>. Es más, algún sector doctrinal<sup>9</sup> ha venido considerando que el contrato de gestación subrogada es ilegal por inconstitucional dado que la celebración de éste iría en contra de la dignidad reconocida en el artículo 10.1 de la Constitución Española. Por todo ello, y siguiendo las afirmaciones de este sector doctrinal, es ilegal, por inconstitucional, todo contrato que tenga como objeto la prestación de un embarazo por sustitución, y ello por vulnerar el necesario respeto a la dignidad de la persona, en concreto, la dignidad de la madre gestante, así como la del niño gestado. De modo similar, la Sala Primera del Tribunal Supremo, a través de la sentencia de 6 de febrero de 2014<sup>10</sup>, señaló que *el contrato de gestación subrogada es incompatible con las normas que regulan*

<sup>5</sup> DIRECCIÓN GENERAL DE POLÍTICAS INTERIORES, “*El régimen de subrogación en los países miembros de la UE*”. Derechos de los ciudadanos y asuntos constitucionales, 2013. Disponible en [http://www.europarl.europa.eu/RegData/etudes/STUD/2013/474403/IPOLJURI\\_ET\(2013\)474403\(SUM01\)\\_ES.pdf](http://www.europarl.europa.eu/RegData/etudes/STUD/2013/474403/IPOLJURI_ET(2013)474403(SUM01)_ES.pdf) [fecha de consulta 13 de marzo de 2018].

<sup>6</sup> A. HERNÁNDEZ RODRÍGUEZ, “Determinación de la filiación de los nacidos en el extranjero mediante gestación por sustitución: ¿hacia una nueva regulación legal en España?”. *Cuadernos de Derecho Transnacional*, vol. 6, núm. 2, p. 151.

<sup>7</sup> “*Las cosas de tráfico prohibido. Aquí se incluyen ciertos bienes de tráfico restringido, como armas, explosivos, etcétera. También el cuerpo humano, se ha considerado tradicionalmente res extra commercium, incluso tras el fallecimiento (el cadáver). Así la legislación sobre trasplantes de órganos prohíbe expresamente la venta de órganos, tanto en vida, como tras el fallecimiento del sujeto*”. F. MARIÑO PARDO, *Las cosas: concepto y clasificación. Bienes muebles e inmuebles. Bienes de dominio público y de propiedad privada. El patrimonio y sus tipos*. Septiembre, 2015. Disponible en <http://www.franciscomarino-pardo.es/mis-temas/41-temas-10-27-parte-general-programa-2015/156-tema-20-las-cosas-concepto-y-clasificacion> [fecha de consulta: 27 de marzo de 2019].

<sup>8</sup> A. SELMA PENALVA, “*Vientres de alquiler y prestación por maternidad*”. *Revista Doctrinal Aranzadi Social* núm. 9/2013. Editorial Aranzadi, S.A.U., Cizur Menor, 2013, p. 3.

<sup>9</sup> Por todos, M. L. BALAGUER CASTEJÓN, *Hij@s del mercado. La maternidad subrogada en un Estado Social*. Ediciones Cátedra (Grupo Anaya, S.A.), 2017, p. 83.

<sup>10</sup> “De manera sintética, conviene recordar que la STS 6 febrero 2014 sostuvo lo siguiente: (i) Que la cuestión no podía resol-

*aspectos esenciales de las relaciones familiares, en concreto de la filiación, inspiradas en los valores constitucionales de dignidad de la persona, respecto de la integridad moral y protección a la infancia.*

**14.** Sin embargo, y pese a tal pronunciamiento emitido por el Alto Tribunal, el debate relativo a la posible vulneración de la dignidad de la persona en los supuestos de gestación subrogada es dispar, y no sólo a nivel nacional. Recientemente, el Tribunal Constitucional portugués declaró la inconstitucionalidad de algunos puntos con contradecían derechos protegidos constitucionalmente<sup>11</sup> de la Ley nº 25/2016 de 22 de agosto, reguladora del acceso a la gestación por sustitución. Sin embargo, y pese a ello, el Tribunal Constitucional portugués entendió que la norma reguladora del acceso a la gestación subrogada no vulneraba el derecho a la dignidad de la mujer, argumentando que la inconstitucionalidad de la norma devenía por vulnerar otros principios y derechos fundamentales consagrados en la Constitución portuguesa. Por tanto, como vengo a poner de relieve, el debate acerca de la vulneración o no de la dignidad de la mujer en la suscripción de un convenio de gestación subrogada traspasa las fronteras nacionales, siendo esta cuestión planteada por parte de otros órganos judiciales europeos.

**15.** Al margen de lo anterior y avanzando en el análisis del controvertido contrato, debemos hacer un pequeño inciso en relación a los efectos del contrato de gestación subrogada, en concreto, a la inscripción de los menores de edad. El Tribunal Supremo en su sentencia de fecha 6 de febrero de 2014 (rec. 245/2012) denegó la inscripción de dos hijos nacidos por gestación subrogada, considerando que debía prevalecer el orden público internacional español frente al interés superior del menor, derivando a los progenitores al procedimiento de reclamación de paternidad –en el supuesto de que alguno de los padres fuera biológico–, ex artículo 10.3 LTRHA o a los trámites de adopción o acogimiento familiar. Tras este pronunciamiento del Tribunal Supremo, las inscripciones en el Registro Civil fueron paralizadas. No obstante, y tras considerar la DGRN que la nueva jurisprudencia del TEDH<sup>12</sup> superaba lo hasta ahora acordado por el Alto Tribunal, decidió emitir la Circular de fecha 11 de julio de 2014, dotando de plena eficacia a la Instrucción de 5 de octubre de 2010. Esta instrucción, *grosso modo*, ha venido exigiendo para la inscripción de un menor nacido mediante esta técnica, que exista una resolución judicial dictada por el órgano judicial competente en la que determine la filiación del nacido, requiriendo –salvo que existiere Convenio internacional– que dicha resolución supere el trámite de exequatur. Además, y en el caso de que la filiación hubiera sido acordada en un procedimiento análogo a uno español de jurisdicción voluntaria, se establece la obligación de que el encargado del Registro Civil haga un control incidental de los circunstancias en las que se ha desarrollado el contrato de gestación subrogada.

**16.** Pese a tales directrices, y con el fin de solventar las vicisitudes ocurridas por el no reconocimiento de filiaciones derivadas de contratos de gestación subrogada celebrados en Ucrania, la DGRN emitió la Instrucción de 14 de febrero de 2019 ampliando los requisitos para la inscripción de los menores nacidos mediante gestación subrogada a aquellos supuestos en los que se pudiera certificar a través de una prueba de ADN. Sin embargo, escasos días después, la DGRN volvió a emitir una nueva Instrucción de fecha 18 de febrero, dejando sin efecto la anterior y acordando mantener los requisitos exigidos en la Instrucción de 5 de octubre de 2010.

---

verse mediante la aplicación pura y simple del Derecho español, esto es, del citado art. 10 de la Ley 14/2006; (ii) Que tampoco era aplicable el art. 9.4 CC, según el cual la filiación se rige por la Ley nacional del hijo; (iii) Que no hacía falta ninguna sentencia o resolución judicial extranjera que acreditase la filiación de los nacidos en virtud de gestación por sustitución; (iv) Que el único requisito que se exigía para aceptar la inscripción en el Registro Civil español de la filiación de estos menores contenida en el acta registral extranjera, consistía en acreditar que la certificación registral extranjera no vulneraba el orden público internacional español. El TS entendió que sí lo vulneraba y denegó los efectos jurídicos en España de dicha certificación registral extranjera. Esto es, visto que, a juicio del TS, la resolución o acta registral extranjera en la que constaba la filiación de estos menores en favor de sus comitentes con arreglo al Derecho extranjero vulneraba el orden público internacional español, dicha resolución registral no podía operar como título apto para inscribir tal filiación en el Registro Civil español”. Extracto extraído de A. L. CALVO CARRASCOA y J. CARRASCOA GONZÁLEZ, “Gestación por sustitución y Derecho Internacional Privado. Más allá del Tribunal Supremo y del Tribunal Europeo de Derecho Humanos.” *Cuadernos de Derecho Transnacional*, vol. 7, núm. 2, p. 70.

<sup>11</sup> Disponible en <http://www.tribunalconstitucional.pt/tc/acordaos/20180225.html> [fecha de consulta: 18 de marzo de 2018].

<sup>12</sup> Téngase en cuenta que en 2014 aún no se había pronunciado la Gran Sala del TEDH a través de la sentencia de fecha 24 de enero de 2017.



#### IV. Maternidad subrogada y la prestación por nacimiento y cuidado de menor. Una cuestión de interpretación

##### 1. Una visión anterior a la reforma mediante el RD-Ley 6/2019, de 1 de marzo

17. Como de un somera lectura se podía extraer de los preceptos reguladores de la prestación por maternidad y paternidad, la gestación subrogada no se encontraba entre las situaciones expresamente protegidas por la citada prestación. De tal forma que, tanto el artículo 48 del Estatuto de los Trabajadores, como el artículo 177 de la Ley General de la Seguridad Social, consideraban que tan sólo serán situaciones protegidas la maternidad, la adopción, la guarda con fines de adopción y el acogimiento familiar, de conformidad con el Código Civil o las leyes civiles autonómicas, siempre que, en este último caso, su duración no fuere inferior a un año. Por tanto, la gestación subrogada, en principio, y en aplicación literal de la citada normativa, no se encontraba entre las situaciones protegidas por la prestación por maternidad.

18. No obstante, el Real Decreto 295/2009, de 6 de marzo, por el que se regulaban las antiguas prestaciones de maternidad y paternidad, en particular en el artículo 2, apartado segundo, establece que también podrán ser beneficiarios de la prestación de maternidad aquellas instituciones jurídicas declaradas por resoluciones judiciales o supuestos de adopción y acogimiento preadoptivo, simple o permanente, cuya duración no fuera inferior a un año, cualquiera que fuere su denominación. De tal forma que podríamos llegar a entender a través de una interpretación analógica<sup>13</sup> de la normativa de desarrollo que el legislador quiso establecer un listado parcialmente abierto y, por consiguiente, la maternidad subrogada tendría total encaje en el precepto. De la misma forma lo entendió la Sala Cuarta del Tribunal Supremo<sup>14</sup>, pues así ha venido afirmando que la lista establecida en el artículo 2.2 del RD 295/2009, de 6 de marzo tiene un carácter parcialmente abierto, permitiendo una cierta flexibilidad normativa.

19. Como apuntó el Tribunal Supremo antes de la reforma de la prestación de maternidad y paternidad mediante el Real Decreto-Ley 6/2019, de 1 de marzo, el listado de contingencias protegidas por nuestro ordenamiento jurídico, recogido en el mencionado artículo 2, apartado segundo, del RD 295/2009, es un listado parcialmente abierto, pues *de él se desprende una relativa apertura del elenco de supuestos protegidos por nuestro ordenamiento, lo que permite una cierta flexibilidad normativa*<sup>15</sup>. Acorde con lo anterior, y resultado de esta regulación laxa o flexible de la norma, podríamos entender que, mediante una interpretación analógica, que la maternidad subrogada está dentro de los supuestos protegidos en el RD 295/2009, de 6 de marzo. Esta postura fue acogida por numerosas salas de lo social de distintos Tribunales de Justicia, entre ellas la Sala de lo Social del Tribunal Superior de Justicia de Castilla-La Mancha, de 27 de mayo de 2015, quien consideró que el hecho que el ordenamiento jurídico no reconozca expresamente a los efectos del derecho a la prestación de maternidad, otras figuras análogas a la maternidad biológica, no puede interpretarse que éstas están excluidas de protección.

20. A su vez, el Tribunal Supremo señaló que se debía realizar una interpretación de la norma favorable a la concesión de la prestación de maternidad en los supuestos de gestación por sustitución en base al interés superior del menor, así como en protección del principio de igualdad, ambos eje central y prioritario de nuestro ordenamiento jurídico y constitucional. Así, en primer lugar, y en lo que se refiere al interés del menor, se argumentó por parte del Tribunal que la denegación del permiso de maternidad pudiera lesionar el citado principio en tanto en cuanto se priva al progenitor de dispensar aquellos cuidados esenciales en los primeros meses de vida debido a una falta de protección del sistema español de

<sup>13</sup> Según establece el artículo 4.1 del Código Civil, “procederá la aplicación analógica de las normas cuando éstas no contemple un supuesto específico, pero regulen otro semejante entre los que se aprecie identidad de razón”.

<sup>14</sup> Entre otras, STS, de 25 de octubre de 2016, nº 5375/2016, ECLI:ES:TS:2016:5375.

<sup>15</sup> C. ARAGÓN GÓMEZ, “La legalización de facto de la maternidad subrogada. A propósito de los recientes pronunciamientos de la sala de lo social del Tribunal Supremo con respecto a las prestaciones de maternidad”. *Revista de Información Laboral* núm. 4/2017 parte Art. Doctrinal. Editorial Aranzadi, S.A.U., Cizur Menor, 2017, p. 9.

Seguridad Social. En segundo lugar, y en relación a la protección del principio de igualdad, el Tribunal argumentó que el artículo 39.2 de la Constitución Española indica la imperiosa necesidad de que los poderes públicos aseguren una protección integral de los hijos nacidos, independientemente de la filiación de los mismos. Por ende, negar la prestación de maternidad en los supuestos de gestación subrogada supondría una clara vulneración del principio de igualdad al tratar de forma desigual a aquellos hijos nacidos mediante un convenio de gestación subrogada, y ello conllevaría una privación de la asistencia al menor y, por consiguiente, una vulneración del precepto constitucional, así como una multitud de tratados internacionales suscritos por el Estado español<sup>16</sup>.

**21.** Por otra parte, el Tribunal Supremo argumentó que dotar de protección a aquellos niños nacidos mediante gestación por sustitución a través de la prestación de maternidad no suponía una contradicción a las normas de la Unión Europea. Así fue reconocido por la propia Gran Sala del Tribunal de Justicia de la Unión Europea<sup>17</sup> a través de una interpretación literal del artículo 8 de la Directiva 92/85/CEE del Consejo, de 19 de octubre de 1992, relativa a la aplicación de las medidas para promover la mejora de la seguridad y de la salud en el trabajo de la mujer trabajadora, la cual excluye del ámbito de aplicación de cualquier situación de maternidad ajena a la biológica, incluso cuando se proporciona de manera efectiva los cuidados que el menor de edad requiere, reconociendo que los Estados miembros tienen potestad para establecer en sus legislaciones regulaciones más favorables, incorporando el derecho a la prestación por maternidad a otros supuestos no contemplados en la Directiva, es decir, a supuestos que van más allá de la maternidad biológica.

**22.** A su vez, y en relación a la justificación de la aplicación analógica de la norma, la Sala de lo Social del Tribunal Supremo entendió que, en los supuestos de gestación subrogada donde no existe una relación biológica entre los padres comitentes y el recién nacido, la posición de los padres comitentes podría ser similar a un proceso de adopción o acogimiento y, por consiguiente, dicha similitud justificaría la aplicación analógica de la norma<sup>18</sup>. Es más, indicó que éste tan sólo sería un argumento adicional en los supuestos de filiación biológica por parte de uno –o de ambos– de los progenitores comitentes, pues en ese supuesto, el progenitor biológico podría tener acceso a la prestación de maternidad aplicando analógicamente los apartados tercero y cuarto del artículo 3 del Real Decreto 295/2009, de 6 de marzo. Ambos apartados hacen referencia a supuestos donde la madre gestante no tiene opción de disfrutar de la prestación por maternidad bien porque ha fallecido o porque es una trabajadora por cuenta propia y no tiene derecho a la citada prestación. Y ello por considerar que ambas situaciones son semejantes al supuesto de gestación subrogada donde uno –o ambos– de los comitentes es progenitor biológico del neonato y la madre gestante renuncia a la patria potestad del recién nacido produciéndose su ausencia dentro del núcleo familiar, y ello conduciría sólo el progenitor biológico pudiera afrontar los cuidados propios y, por ende, tan sólo este estuviera en condiciones de disfrutar de la prestación por maternidad. Igualmente, y de una forma más clarificadora, el Tribunal Supremo, en su sentencia 4816/2017, de 30 de noviembre, entendió que, al margen de la argumentación señalada anteriormente, se debía *otorgar la prestación de maternidad al entenderse que, en los supuestos donde concurre la paternidad biológica de quien demanda las prestaciones, ese recurso interpretativo es sólo adicional, pues la maternidad por subrogación, como su propio nombre indica, puede abordarse como una especie o subtipo reconducible a la categoría general*.

**23.** Enlazando con lo anterior, la jurisprudencia del Tribunal Supremo<sup>19</sup> ha venido reiterando que se ha generado un estado de necesidad merecedor de protección a través de la prestación de maternidad, al margen de la nulidad y la consecuente ineficacia que implica el contrato de gestación subrogada. Admitiendo que, pese a que la Ley 14/2006 regula expresamente la nulidad del convenio de gestación

<sup>16</sup> M<sup>a</sup>. D. ORTIZ VIDAL, “La gestación por sustitución y las prestaciones sociales por maternidad/paternidad en España y la novísima jurisprudencia del Tribunal de Justicia de la Unión Europea”. *Revista Española de Derecho del Trabajo*, 2015, p. 14.

<sup>17</sup> STJUE de 18 de marzo de 2014, *C.D contra S.T*, C-167/12, ECLI:EU:C:2014:169.

<sup>18</sup> Entre otras, STSJ Catalunya de 23 de noviembre de 2012, n<sup>o</sup> 12193/2012, ECLI:ES:TSJCAT:2012:12193.

<sup>19</sup> Por todas, STS de 22 de marzo de 2018, n<sup>o</sup> 1242/2018, ECLI:ES:TS:2018:1242.

subrogada, ésta no resulta de aplicación a los supuestos de prestaciones de la Seguridad Social, dado que la norma no regula la prestación de maternidad, ni tiene por objeto la protección de los menores a través de la atención directa de sus progenitores. Acorde con lo anterior, se afirma que el ordenamiento laboral no es ajeno al reconocimiento de efectos en negocios jurídicos nulos, siendo reconocido, por ejemplo, el derecho al salario por el tiempo en el que un trabajador trabajó al amparo de un contrato nulo. De hecho, como indicó el Tribunal Superior de Justicia del País Vasco en una reciente sentencia<sup>20</sup>, *es indiferente la legalidad o ilegalidad del contrato o negocio suscrito entre el beneficiario y la madre del menor. Lo importante es que nuestro ordenamiento protege las situaciones de la relación creada, y de excluir un supuesto como el de la maternidad subrogada es discriminar esa misma relación frente a otros supuestos como los que acoge el artículo 177 LGSS, de adopción, o de guarda con fines de adopción y acogimiento familiar. Eso es lo relevante, y en tal sentido es en el que se ha pronunciado nuestro Tribunal Supremo*<sup>21</sup>.

24. En síntesis, en opinión de la Sala Cuarta del Tribunal Supremo, que el ordenamiento jurídico prescriba la nulidad radical del contrato de gestación subrogada, no elimina la situación surgida del mismo por el nacimiento del menor y su inserción en el núcleo familiar, situación que debe ser afrontada desde la perspectiva de las prestaciones de la Seguridad Social protegiendo los derechos de los menores de edad<sup>22</sup>.

25. Llegados a este punto, debemos hacer mención a la interpretación realizada por parte del Instituto Nacional de la Seguridad Social al respecto.

26. Por medio de las consultas 29/2016, de 29 de diciembre, y 4/2017, de 20 de febrero, de la Subdirección General de Ordenación y Asistencia Jurídica del Instituto Nacional de la Seguridad Social, la Entidad gestora asumió y acató la doctrina sentada en las sentencias dictadas por el Pleno de la Sala de lo Social del Tribunal Supremo<sup>23</sup> reconocimiento el derecho a la prestación por maternidad que antes de la reforma estuvo prevista en el artículo 177 de la Ley General de la Seguridad Social a los progenitores de hijos nacidos mediante un contrato de gestación subrogada acorde con la legalidad vigente en el país extranjero. Aunque, tal y como afirma la doctrina científica, estos criterios interpretativos del INSS tan solo recogen de una forma uniforme los diversos pronunciamientos del Tribunal Supremo favorables a la concesión de la prestación de maternidad a los padres comitentes en un contrato de gestación subrogada, encontrándonos, por tanto, ante un *pseudoreglamento* interno sin Ley previa<sup>24</sup>. No obstante, pese a que jurídicamente dichas consultas no tienen efecto alguno por no ser fuentes de derecho, creemos importante su análisis dado que éstas tendrán una importancia práctica elemental a la hora de determinar cual es la postura de la entidad gestora relativa a las prestaciones de maternidad y paternidad en los supuestos de gestación subrogada.

27. Como requisito previo esencial al reconocimiento del derecho a la prestación por maternidad, el INSS estableció la necesidad de que previamente se hubiera practicado la inscripción de la filiación del recién nacido en el Registro Civil español<sup>25</sup>, quedando así determinada la misma a favor de los padres comitentes<sup>26</sup>. Sin embargo, este reconocimiento se realizaba de una forma parcial o peculiar. Por ello, a continuación, destacaremos algunas de estas peculiaridades:

<sup>20</sup> STSJ País Vasco de 17 de abril de 2018, nº 1320/2018, ECLI:ES:TSJPV:2018:1320.

<sup>21</sup> STS de 25 de octubre de 2016, nº 5375/2016, ECLI:ES:TS:2016:5375; y STS de 30 de noviembre de 2016, nº 5801/2016, ECLI:ES:TS:2016:5801.

<sup>22</sup> STS de 25 de octubre de 2016, nº 5375/2016, ECLI:ES:TS:2016:5375.

<sup>23</sup> STS de 25 de octubre de 2016, nº 5375/2016, ECLI:ES:TS:2016:5375 y STS de 16 de noviembre de 2016, nº 5283/2016, ECLI:ES:TS:2016:5283.

<sup>24</sup> J. R. MECADER UGUINA, "La creación por el Tribunal Supremo de la prestación por maternidad subrogada: A propósito de la SSTS de 25 de octubre de 2016 y de 16 de noviembre de 2016". *Cuadernos de Derecho Transnacional*, vol. 9, nº 1, p. 466.

<sup>25</sup> Ello se regula en la Instrucción de 5 de octubre de 2010 de la DGRN, así como en la Circular de fecha 11 de julio de 2014, que reconoce la plena vigencia de la mencionada Instrucción.

<sup>26</sup> Artículo 113 del Código Civil: La filiación se acredita por la inscripción en el Registro Civil, por el documento o sentencia que la determina legalmente, por la presunción de paternidad matrimonial y, a falta de los medios anteriores, por la posesión de estado. Para la admisión de pruebas distintas a la inscripción se estará a lo dispuesto en la Ley de Registro Civil.

**28.** El INSS, en relación a la situación protegida, a efectos de la antigua prestación de maternidad del artículo 177 LGSS se consideraba digno de protección el nacimiento de un hijo nacido por el método de gestación subrogada. Y ello debido a que la finalidad de la prestación de maternidad en los supuestos de adopción y acogimiento y, por extensión, la maternidad subrogada, es la protección y el cuidado del menor, así como el estrechamiento de los lazos de los padres con éste<sup>27</sup>.

**29.** Por otro lado, el INSS reconoció que el beneficiario de la prestación sería el progenitor, independientemente de su sexo, que hubiera disfrutado del descanso o permiso y reuniera los requisitos establecidos en la normativa social. Y, en los supuestos de disfrute compartido de forma sucesiva o simultánea, ambos progenitores, además de cumplir los requisitos mencionados, debían encontrarse activos laboralmente<sup>28</sup>.

**30.** En lo que respecta a la fecha del hecho causante, el INSS, asumiendo la doctrina sentada por el Tribunal Superior de Justicia de Castilla-La Mancha en su sentencia 1500/2015, de 27 de mayo, indicó que en los supuestos de gestación subrogada se entendía que la fecha del hecho causante de la prestación es el día del nacimiento del menor. Por lo que los padres comitentes no podrían adelantar el descanso y prestación por maternidad, incluso si los padres tuvieran que desplazarse al país de origen del recién nacido<sup>29</sup>, ni tampoco el disfrute anticipado por voluntad de la madre que se establece en los supuestos de parto biológico. Además, y en relación a los efectos económicos, el subsidio por maternidad tendría efectos desde el día de inicio del período de descanso o período correspondiente, coincidiendo con la fecha del nacimiento del hijo nacido por gestación por sustitución.

**31.** Al margen de lo anterior, y en relación a la consulta 4/2017, de 20 de febrero, en los supuestos de gestación subrogada parcial<sup>30</sup> o donde tan sólo existe un padre comitente y, por tanto, tan sólo éste puede disfrutar del permiso y de la prestación por maternidad, no tendría derecho a solicitar el disfrute del permiso/prestación por paternidad<sup>31</sup>, en aplicación analógica del artículo 23.3 del RD 295/2009, de 6 de marzo. Del mismo modo, a través de la citada consulta, en los supuestos donde la filiación de los hijos nacidos mediante gestación subrogada se determinase a favor de los dos progenitores, las prestaciones de paternidad y maternidad podrían ser compatibles, siempre y cuando los beneficiarios cumplieran los requisitos establecidos al efecto. De tal forma que la prestación por paternidad podía ser disfrutada desde la finalización del permiso por nacimiento del hijo o una vez finalizado el descanso por maternidad del cual es beneficiario el otro progenitor.

**32.** Por último, la entidad gestora resolvió que aquellos supuestos en los que inicialmente tan sólo constaba la filiación a favor de un progenitor comitente, y, posteriormente, adoptaba al menor la otra persona con la que mantiene una relación conyugal o relación análoga. Así pues, indicó que en estos casos, tan sólo se reconocería una prestación de maternidad, es decir, no sería posible reconocer dos prestaciones de maternidad independientes: una en referencia al nacimiento y otra a la adopción. Por ende, tan sólo tendría derecho a la prestación de maternidad el progenitor por el que se determinó en primer lugar la filiación. Pese a ello, nada impedía a que la pareja que reconoció por complacencia al hijo no biológico solicitara disfrutar de la prestación por paternidad.

<sup>27</sup> M<sup>a</sup>. D. ORTIZ VIDAL, “La gestación por sustitución y las prestaciones sociales por maternidad/paternidad en España y la novísima jurisprudencia del Tribunal de Justicia de la Unión Europea”, *Revista Española de Derecho del Trabajo*, 2015, p. 11.

<sup>28</sup> Artículo 48.4 del Estatuto de los Trabajadores, en relación con el artículo 10.4 del Real Decreto 295/2009, de 6 de marzo.

<sup>29</sup> C. ARAGÓN GÓMEZ, “La legalización de facto de la maternidad subrogada. A propósito de los recientes pronunciamientos de la sala de lo social del tribunal supremo con respecto a las prestaciones por maternidad”. *Revista de Información Laboral* núm. 4/2017. Editorial Aranzadi, S.A.U., Cizur Menor, 2017, p. 16.

<sup>30</sup> Se entiende por gestación subrogada parcial como aquella modalidad de gestación subrogada por medio de la cual la madre portadora, además de prestar su vientre, presta también su material genético, siendo, por tanto madre biológica de la criatura. Este tipo de gestación se efectúa a través de la inseminación artificial utilizando esperma de uno de los contratantes.

<sup>31</sup> A la misma conclusión llegó recientemente el Tribunal Superior de Cataluña. STSJ Catalunya de 25 de enero de 2019, nº 664/2019, ECLI:ES:TSJCAT:2019:664.

**33.** En consecuencia, antes de la reforma, y como he destacado anteriormente, en los supuestos de gestación subrogada –siempre que se cumplieren los requisitos exigidos–, cualquiera de los dos progenitores comitentes podía acceder a la prestación de maternidad o de paternidad, indistintamente del sexo del progenitor. Es decir, poniendo como ejemplo una pareja heterosexual, perfectamente el progenitor masculino podría disfrutar de la prestación de maternidad y la progenitora de la prestación de paternidad. Y, en el supuesto en el que ambos progenitores hubieran estado activos laboralmente, ambos tenían la opción de compartir la prestación de maternidad y paternidad sucesiva o simultáneamente, sin importar quién iniciaba una prestación u otra.

**34.** En fin, como hemos venido narrando en el presente estudio, esta interpretación normativa se vino realizando antes de la entrada en vigor del Real Decreto-Ley de 6/2019. Si bien, en la actualidad, tal interpretación ha quedado obsoleta a partir del día 1 de abril de 2019.

## **2. La gestación subrogada frente a la prestación por nacimiento y cuidado de menor. Nueva perspectivas interpretativas de la norma**

**35.** Tras la publicación el pasado 7 de marzo del Real Decreto-Ley 6/2019, de 1 de marzo, de medidas urgentes para la garantía de la igualdad de trato y de oportunidades entre mujeres y hombres en el empleo y la ocupación, y con la entrada en vigor el día 1 de abril de la nueva regulación de las prestaciones de maternidad y paternidad a través de la nueva prestación “por nacimiento y cuidado de menor”, el sistema de Seguridad Social, en relación a estas prestaciones, ha dado un giro radical de 180 grados.

**36.** Así, con la entrada en vigor de la mencionada norma, no sólo se ha conglomerado en una única prestación la antigua prestación de maternidad y paternidad en la reciente prestación por nacimiento y cuidado de menor, sino que, además, se han ampliado los tiempos de disfrute al progenitor distinto a la madre biológica, así como los requisitos en el acceso a la prestación.

**37.** De la lectura de la regulación de la nueva prestación por nacimiento y cuidado de menor podríamos llegar a la conclusión que la gestación subrogada se encuentra dentro de las situaciones protegidas por la norma, pues, en principio se entiende que todo nacimiento se encuentra amparado en la prestación por nacimiento y cuidado de menor.

**38.** Dicho esto, como comenté anteriormente, antes de la reforma efectuada por el Real Decreto-Ley 6/2019, los padres comitentes, una vez acreditada la filiación, podían acceder a la prestación de maternidad y paternidad, teniendo en cuenta que tales prestaciones devenían en incompatibles si éstas se pretendían disfrutar por un único sujeto. Sin embargo, tras la reforma, en el supuesto en el que fuere una pareja la que ha tenido un hijo a través de un contrato de gestación subrogada y aunque la filiación del menor hubiera quedado acreditada a favor de ambos, tan sólo uno de ellos podrá disfrutar de la prestación y permiso por nacimiento y cuidado de menor.

**39.** Tal conclusión deriva en aplicación expresa del artículo 48.4 del Estatuto de los Trabajadores, pues en los dos primeros párrafos del meritado precepto, se incide expresamente que existirán dos sujetos con derecho al permiso. Por una parte, la madre biológica y, por otro, el progenitor distinto a la madre biológica. A partir de aquí se nos plantea la siguiente cuestión: ¿Qué debemos entender por “madre biológica”? En mi opinión, tal precepto podría ser entendido de dos formas. Por una parte, y en sentido estricto, como aquella madre que lo ha sido a través de parto biológico; y, por otra, en sentido amplio, como aquella madre que tiene vínculo genético con el menor, independientemente del método o técnica utilizada. Atendiendo al perfil ideológico y a la postura política en relación a la gestación subrogada de la fuerza política que en la actualidad se encuentra en el Gobierno y que aprobó el mencionado Real Decreto-Ley<sup>32</sup>, considero que debiéramos tomar una interpretación restrictiva del término.

<sup>32</sup> Para conocer la opinión del Partido Socialista Obrero Español sobre la técnica de la gestación subrogada, debemos remi-

En todo caso, debemos quedar a expensas de que los tribunales den luz al conflicto interpretativo que aquí se plasma.

**40.** En consonancia con lo anterior, en un supuesto gestación subrogada donde hubiera quedado determinada la filiación a favor de los dos padres comitentes, a través de una interpretación restrictiva del término “madre biológica”, tan sólo un miembro o progenitor podrá disfrutar de tal prestación y permiso. En tal supuesto, como decimos, y dado que estaríamos en un supuesto de disfrute de permiso y prestación por el “otro progenitor”, éste tendría derecho a un periodo de descanso más reducido en aplicación de la disposición transitoria decimotercera del Estatuto de los Trabajadores<sup>33</sup> hasta el año 2021, cuando se equipara el periodo de descanso y de prestación para la madre biológica y “para el otro progenitor”.

**41.** En distinta situación nos encontraríamos en aquel que solo es un sujeto el que recurre a la gestación por sustitución y, antes de que el menor cumpliera seis años, la pareja del progenitor comitente, decidiera adoptar al menor. En tal caso, el progenitor biológico podría solicitar la prestación de nacimiento y cuidado de menor asumiendo el rol del “otro progenitor” y la pareja de éste podría solicitar la misma prestación derivada de la adopción del menor.

**42.** Todas estas conclusiones que anteriormente se manifiestan por nuestra parte, en la actualidad, y dado a la tan reciente reforma realizada por el Ejecutivo y, posteriormente ratificada por la Diputación Permanente, aún no cuenta con respaldo jurisprudencial ni doctrinal. Es por ello que, a día de hoy, no existe solución al conflicto, quedando la futura solución al albur de una futura, necesaria y previsible interpretación jurisprudencial.

## V. Conclusión

**43.** Indudablemente el contrato de gestación subrogada es nulo de pleno derecho, pues así se encuentra expresado por voluntad del legislador en el artículo 10, apartado primero, de la Ley de Reproducción Humana Asistida. Del mismo modo, y como he indiciado en la introducción de este artículo, el contrato se podría considerar nulo –según algunos sectores doctrinales– al tener como objeto una parte del organismo de una fémmina, encontrándose fuera del comercio de los hombres. No obstante, esta nulidad del contrato de gestación subrogada establecida expresamente en la norma es claramente insuficiente, en tanto en cuanto tan sólo dan solución al génesis del problema, es decir, a la suscripción del contrato de gestación subrogada, pero nada dice acerca de los efectos emanados del mismo los cuales entrañan importantes materias en el ámbito civil y social.

**44.** Bien, como he comentado con anterioridad, la realidad del fenómeno de la gestación subrogada y el consecuente nacimiento de una nueva realidad plasmada en el nacimiento de un bebé y su integración dentro del ámbito de la familia, ha conllevado que diferentes organismos administrativos intenten dar solución a este defecto o laguna legal a través de una interpretación favorable a los intereses del menor. Así, por ejemplo, la Dirección General de los Registros y del Notariado, a través de la Circular de fecha 11 de julio de 2014, decidió mantener la plena vigencia de la Instrucción de 5 de octubre de

---

firmos al programa electoral para las elecciones generales de mayo de 2019. Concretamente, se hace referencia a la gestación subrogada en el punto 6.19 (pág. 245) del programa electoral, donde literalmente se expone que “El Partido Socialista rechaza la gestación por sustitución o gestación subrogada, eufemismo de vientres de alquiler, porque socava los derechos de las mujeres, en especial de las más vulnerables, mercantilizando sus cuerpos y sus funciones reproductivas”.

<sup>33</sup> Tal disposición transitoria estipula que, a partir del 1 de abril de 2019, en caso de nacimiento, el otro progenitor contará con un periodo de suspensión total de un periodo de 8 semanas, de las cuales las 2 primeras deberán ser disfrutadas a tiempo completo de forma obligatoria e ininterrumpidamente; en 2020 el otro progenitor contará con un periodo de descanso de 12 semanas, de las cuales las 4 primeras deberán ser disfrutadas a tiempo completo de forma obligatoria e ininterrumpidamente; y, finalmente, en 2021 el otro progenitor contará con un periodo de descanso de 16 semanas, de las cuales las 6 primeras deberán ser disfrutadas a tiempo completo de forma obligatoria e ininterrumpidamente.

2010, arguyendo que, tal y como había señalado el Tribunal Europeo de Derecho Humanos, negar la filiación a favor de los padres comitentes conllevaría un desequilibrio sin justificación contra la identidad y privacidad de los menores<sup>34</sup>. Del mismo modo, y asumiendo la doctrina jurisprudencial derivada de las diferentes sentencias dictadas en unificación de doctrina por la Sala Cuarta del Tribunal Supremo, el Instituto Nacional de la Seguridad Social dictó las consultas 29/2016, de 29 de diciembre, y 4/2017, de 20 de febrero, regulando de una forma *pseudorreglamentaria*<sup>35</sup> las peculiaridades en el disfrute de la prestación de maternidad y paternidad en los supuestos de gestación subrogada. En consecuencia, han sido nuestros tribunales y, posteriormente, los órganos administrativos, los que han tenido que enfrentarse a esta nueva realidad no regulada por el ordenamiento jurídico, tomando como respaldo una interpretación analógica y extensiva de la norma a fin de dar protección o seguridad jurídica a los menores nacidos mediante este método cuestionable de reproducción asistida.

45. Además, creo relevante reseñar que, pese a la clara nulidad del contrato de gestación subrogada, el legislador español debe dar solución, a través de los instrumentos legislativos correspondientes, a la realidad surgida del contrato mencionado. Y todo ello considerando que dicha regulación no es una opción, sino una obligación establecida en el artículo 39, apartado segundo, de la Constitución Española, en relación con el artículo 14 del mismo texto legal. Tal precepto señala de una forma meridianamente clara la obligación de los poderes públicos de asegurar la protección integral de los hijos nacidos independientemente de su filiación. Pero, en todo caso, esta obligación del legislador no solo proviene de la Constitución Española, sino que también deriva de los tratados y convenciones internacionales suscritos por el Estado español, así como por la normativa europea. De forma ejemplificativa, y en lo que respecta al Derecho internacional, el artículo 5 de la Convención sobre los Derechos del Niño establece que los Estados miembros deberán respetar las responsabilidades, derechos y los deberes de los padres a fin de que el niño pueda ejercer los derechos reconocidos en la Convención. De otro lado, y en cuanto al Derecho de la Unión Europea, el artículo 24, apartado primero, de la Carta de Derechos Fundamentales de la Unión establece que *los menores tienen derecho a la protección y a los cuidados necesarios para su bienestar*, siguiendo el apartado segundo del citado artículo afirmando 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*. Por tanto, el Estado tiene la obligación de velar por el interés superior del menor, el cual se plasma, en lo que respecta al Derecho del Trabajo y de la Seguridad Social, a través de las prestaciones y permisos cuya finalidad es el cuidado y atención del menor, como sucede con la prestación y permiso por nacimiento y cuidado de menor<sup>36</sup>, así como de diferentes permisos que permiten conciliar la vida laboral y familiar.

46. Concluyendo, creo necesario que el legislador español ha de dar una solución pacífica y clara a la no regulación de los efectos de la gestación subrogada. Pues, de contrario, como he tratado de señalar, estos menores seguirán encontrándose en una absoluta laguna jurídica, quedando al albur de una mera interpretación jurisprudencial de la normativa social.

---

<sup>34</sup> Estos derechos están recogidos en el artículo 8 de la Convención sobre los derechos del niño adoptada por la Asamblea General de las Naciones Unidas de 20 de noviembre de 1989, así como por el artículo 8 del Convenio Europeo para la protección de los Derechos Humanos y las Libertades Fundamentales.

<sup>35</sup> J. R. MECADER UGUINA, *op. cit.*, p. 466.

<sup>36</sup> M<sup>a</sup>. D. ORTIZ VIDAL, *op. cit.*, p. 11.

# LAS INSOLVENCIAS TRANSFRONTERIZAS EN LA UNIÓN EUROPEA: PERSPECTIVAS JURISPRUDENCIALES Y RETOS

## CROSS-BORDER INSOLVENCIES IN THE EUROPEAN UNION: RECENT CASE LAW AND NEW CHALLENGES

ELISA TORRALBA MENDIOLA\*

*Profesora Titular de Derecho Internacional Privado  
Universidad Autónoma de Madrid*

ORCID ID: 0000-0001-5813-7163

Recibido: 16.06.2019 / Aceptado: 05.07.2019

DOI: <https://doi.org/10.20318/cdt.2019.4963>

**Resumen:** El Reglamento 848/2015, sobre procedimientos de insolvencia regula los problemas de Derecho internacional privado que suscitan las situaciones concursales en el ámbito de la Unión Europea. En este trabajo se analiza la más reciente jurisprudencia del TJUE en materia concursal y los retos que se plantean a día de hoy en el tratamiento de la materia, que ponen de relieve la necesidad de adaptar la aplicación de los textos legales a situaciones políticas –y jurídicas– cambiantes.

**Palabras clave:** insolvencia, cooperación, competencia.

**Abstract:** Regulation 2015/848 on Insolvency Proceedings rules the private international law matters regarding insolvencies within the European Union. This paper analyses the most recent case law of the EU CJ and the challenges actually existing in this area, that evidence the need to adapt the application of the rules to the changing legal and political context.

**Keywords:** insolvency, cooperation, jurisdiction.

**Sumario:** I. Introducción. II. Perspectivas jurisprudenciales. 1.- Sobre la competencia del juez del concurso. A. El alcance de la competencia: el concepto de “materia concursal”. 2. El carácter exclusivo de la competencia del juez del concurso. 3. La jurisprudencia del TJUE y la *vis attractiva concursus*. 2. Cuestiones de ley aplicable. III. Retos. 1.- La cooperación entre procedimientos. A. La cooperación entre procedimientos abiertos frente a un mismo deudor. Referencia a los procedimientos “sintéticos”. B. La insolvencia de los grupos de sociedades. C. Los protocolos concursales. 2. Los institutos preconcursales. 3. La eficacia de los *schemes of arrangement* ingleses sobre sociedades cuyo COMI se sitúa fuera del Reino Unido tras el Brexit. IV. Conclusiones.

### I. Introducción

1. Los últimos años han marcado una considerable evolución en la regulación de las insolvencias y han puesto a prueba la normativa sustantiva y procesal de los distintos ordenamientos, lo que ha tenido necesarias consecuencias en la regulación de los aspectos internacionales de la materia. El legislador europeo quiso atender a esas nuevas necesidades y, además, superar algunos de los aspectos

---

\* Este trabajo se realiza en el marco del Proyecto de Investigación titulado “Transnational Protocols. A Cooperative Tool For Managing Cross-Border Insolvency- ToP”, cofinanciado por la Unión Europea. JUST-AG-2017/JUST-JCOO-AG 2017.



menos eficientes de la regulación anterior con la aprobación del Reglamento 848/2014, del Parlamento y del Consejo, de 20 de mayo de 2015 sobre procedimientos de insolvencia (texto refundido)<sup>1</sup>, en adelante RPI bis, que vino a sustituir al Reglamento 1346/2000<sup>2</sup>, sobre la misma materia.

2. Como es bien sabido, el RPI bis, como su predecesor, no pretende unificar la regulación de los procedimientos concursales en los Estados Miembros, sino únicamente sus reglas de competencia judicial internacional, Derecho aplicable y reconocimiento de resoluciones, así como establecer un mecanismo de cooperación entre procedimientos de insolvencia abiertos en distintos Estados miembros sobre un mismo concursado (que necesariamente debe tener su centro de intereses principales –COMI– en la Unión Europea) y regular los aspectos internacionales de la insolvencia de los grupos de sociedades.

3. Este trabajo no analiza el conjunto del sistema del Reglamento, ni hace un análisis exhaustivo de cada una de las modificaciones introducidas por el nuevo texto<sup>3</sup>, sino que aborda algunos de los aspectos esenciales de la regulación que, o bien necesitan de un mayor desarrollo, o bien han sido objeto de atención por parte de la jurisprudencia del TJUE y de la doctrina *iusprivatista* en fechas recientes y que, desde esa perspectiva, definen la actualidad del Derecho internacional privado en este sector y trascienden al propio RPI bis. Partiendo de esta premisa el trabajo se estructura en torno a dos ejes: el primero aborda las perspectivas marcadas por la jurisprudencia del TJUE en relación con algunos temas esenciales sobre los que éste ha tenido que pronunciarse y que se centran en el alcance de la competencia del juez del concurso y algunas cuestiones de Derecho aplicable. El segundo se refiere a algunos de los retos a los que se enfrentan las insolvencias internacionales y que suscitan el interés de los operadores jurídicos, entre los que se destacan la cooperación entre procedimientos que afectan a un mismo deudor o a un grupo de sociedades; la necesaria adaptación de algunas de las reglas en vigor a las peculiaridades de los institutos concursales y la cuestión de la discutida eficacia de los *schemes of arrangement*, ahora en un escenario post Brexit.

## II. Perspectivas jurisprudenciales

4. Si se atiende a la más reciente jurisprudencia del TJUE (se toman las resoluciones dictadas con posterioridad a la fecha de aplicación del RPI bis, aunque se refieran al texto anterior, es decir, al RPI<sup>4</sup>), las cuestiones que centran la atención del TJUE se sitúan en dos ámbitos: el alcance y carácter de la competencia del juez del concurso y el Derecho aplicable. Si bien la primera es una materia que se viene planteando desde antes incluso de la adopción del RPI, dada la necesidad de interpretar la exclusión de “la quiebra, los convenios entre quebrados y acreedores y demás procedimientos análogos” del ámbito de aplicación de los textos de Bruselas –Convenio<sup>5</sup> primero y Reglamentos<sup>6</sup> después– las cuestiones de Derecho aplicable no se han abordado, como es lógico, hasta que hemos tenido un texto europeo que ha regulado la materia.

<sup>1</sup> DOUE de 5 de junio de 2015. n° L 141, pp. 19-72. Este texto es de aplicación, con carácter general, a los procedimientos de insolvencia abiertos a partir del 26 de junio de 2017, como resulta de su artículo 84, que aclara, además, que “los actos que el deudor haya celebrado antes de esa fecha continuarán sujetos a la ley que les fuere aplicable en el momento de su celebración” y que el Reglamento 1346/2000 seguirá aplicándose a los procedimientos de insolvencia que entren dentro de su ámbito de aplicación y se hubieren abierto antes de la fecha citada.

<sup>2</sup> Reglamento del Consejo, de 29 de mayo de 2000, DOUE de 30 de junio de 2000, n° L 160, pp.1-18; DOUE de 5 de julio de 2002, n° L 176, p. 47; modif. Regl. 517/2013, de 13 de mayo de 2013; DOUE de 10 de junio de 2013, n° L 158, pp. 1-71.

<sup>3</sup> Sobre los aspectos en los que la reforma se consideró necesaria y su justificación, ver el Heidelberg-Louxebourg-Vienna Report, en HESS/OBERHAMMER/PFEIFFER, *European Insolvency Law*, CH Beck, 1ª ed., Munich, 2014.

<sup>4</sup> En el bien entendido de que la doctrina del TJUE sobre el RPI es extensible al RPI bis.

<sup>5</sup> Convenio relativo a la competencia judicial y a la ejecución de resoluciones judiciales en materia civil y mercantil, hecho en Bruselas el 27 de septiembre de 1968, DO L 299, de 31 de diciembre de 1972.

<sup>6</sup> Reglamento 44/2001, de 22 de diciembre de 2000, relativo a la competencia judicial, el reconocimiento y la ejecución de resoluciones judiciales en materia civil y mercantil (DOCE núm. 12, de 16 de enero de 2001) y Reglamento 1215/2012, de 12 de diciembre de 2012, sobre la misma materia (DOUE L 351, de 20 de diciembre de 2012, modif. por Reglamento 542/2014, DOUE L 163, de 29 de mayo de 2014).

## 1. Sobre la competencia del juez del concurso

### A) El alcance de la competencia: el concepto de “materia concursal”

5. En tres de sus decisiones dictadas en el lapso temporal indicado, el TJUE se ha pronunciado sobre el alcance de la competencia del juez del concurso, siguiendo al hacerlo la línea marcada por su ya abundante jurisprudencia anterior. Se trata de las sentencias en los asuntos C-641/16<sup>7</sup>, C-649/16<sup>8</sup> y C-337/17.

6. La cuestión es relevante porque si se llega a la conclusión de que un litigio debe ser calificado como concursal, la determinación de la competencia judicial internacional se hace según los criterios establecidos por el RPIbis<sup>9</sup>. A contrario, no se modifica la competencia para conocer de todas aquellas acciones que no reciben esa calificación, que se determina en aplicación de las reglas generales<sup>10</sup>. Del mismo modo, si la materia sobre la que versa una resolución es concursal, se reconoce de acuerdo con el sistema previsto en el RPI bis y, en caso contrario, por el contemplado en el Reglamento de Bruselas I bis o demás disposiciones aplicables.

7. La primera ocasión en la que el JUE tuvo que pronunciarse sobre esta cuestión fue en el asunto 133/78<sup>11</sup>, en el que estableció que la noción “materia concursal” incluye las acciones “*que sean consecuencia directa de la quiebra y se mantengan estrictamente dentro del marco de un procedimiento de liquidación de bienes o suspensión de pagos*” y que es necesario un análisis de las características de la acción concreta que se quiere ejercitar para determinar caso por caso si concurren los elementos necesarios para atribuir esa calificación. El requisito es, pues, doble: a) desde el punto de vista material la acción debe tener su fundamento en el Derecho concursal, no en el Derecho común y b) desde el punto de vista procesal debe ser una acción que se conecte de modo directo con el procedimiento de insolvencia.

8. A partir de este análisis, forzosamente casuístico, el TJUE ha calificado como concursal la acción revocatoria concursal, tal como la configura el Derecho alemán<sup>12</sup> y la acción destinada a anular una transmisión de participaciones sociales realizada en el marco de un procedimiento de insolvencia, y que se plantea como previa a una acción reivindicatoria, porque el administrador concursal transmitente no estaba facultado para realizar actos de disposición sobre activos situados en ese Estado miembro<sup>13</sup>. No ha considerado concursal, sin embargo: (i) la acción del vendedor contra el comprador, en concurso, sobre la base de una cláusula de reserva de dominio sobre un bien situado en el Estado miembro de apertura del concurso<sup>14</sup>; (ii) la acción revocatoria concursal, prevista por el Derecho alemán, cuando quien la ejerce es un tercero, acreedor único de la concursada, a quien el síndico había cedido todos los derechos de crédito de ésta<sup>15</sup>; (iii) la acción que tiene por objeto el cobro de una deuda derivada de la prestación de servicios de transporte formulada por el síndico de una empresa en liquidación, designado en el marco de un procedimiento de insolvencia<sup>16</sup> y (iv) la acción de Derecho sueco que permite al acreedor de una sociedad anónima exigir la responsabilidad por las deudas de la sociedad a los miembros de su consejo de administración y a los accionistas debido a que permitieron que la sociedad continuara funcionando a pesar de que estaba infracapitalizada y obligada a solicitar la declaración de liquidación<sup>17</sup>. Además, ha considerado que es concursal, si se plantea una vez abierto el procedimiento de insolvencia, la acción

<sup>7</sup> STJUE 9 de noviembre 2017, Tunkers, ECLI:EU:C:2017/847.

<sup>8</sup> STJUE 20 de diciembre 2017, Valach, ECLI:EU:C:2017/986.

<sup>9</sup> El RPI bis no modifica los criterios de atribución de la competencia judicial internacional establecidos por su predecesor.

<sup>10</sup> La cuestión no se plantea respecto de la apertura, desarrollo y terminación del procedimiento de insolvencia, ni los litigios relativos al procedimiento mismo, que son claramente concursales y de la exclusiva competencia del juez del concurso.

<sup>11</sup> Sentencia 22 febrero 1979, Gourdain.

<sup>12</sup> Sentencia 12 febrero 2009, as. C-339/07, Deko Marty, ECLI: EU:C:2009:83.

<sup>13</sup> Sentencia 2 julio 2009, as. C-111/08, SCT, ECLI:EU:C:2009:419.

<sup>14</sup> STJUE 10 septiembre 2009, as. C-292/08, German Graphics, ECLI:EU:C:2009:544.

<sup>15</sup> STJUE 19 de abril 2012, as. C-213/10, F-TEX, ECLI:EU:C:2012:215., .

<sup>16</sup> STJUE 4 septiembre 2014, as. C-157/13, Nikkel, ECLI:EU:C:2014:2145..

<sup>17</sup> STJUE 18 julio 2013, as. C-147/12, ÖFAB, ECLI:EU:C:2013:490..

prevista en el artículo 64 de la Ley de sociedades de responsabilidad limitada alemana, que obligaba a los administradores de la sociedad frente a ésta a la devolución de los pagos realizados después de que se hubiera producido la insolvencia de la sociedad o se hubiera declarado su situación de endeudamiento<sup>18</sup>.

**9.** En esas decisiones el TJUE ha matizado que lo relevante es “la intensidad del vínculo”<sup>19</sup> y ha justificado la concentración de acciones ante el juez del concurso en razones de economía procesal y en evitar el *forum shopping*<sup>20</sup>, todas ellas finalidades afirmadas en la Exposición de motivos del RPI<sup>21</sup>. Se apoya, además, en el tenor literal del artículo 25 del RPI (artículo 32 del RPI bis), que cuando se refiere a las resoluciones “dictadas por otro órgano jurisdiccional” no está excluyendo la competencia para este tipo de acciones de los jueces del Estado miembro del concurso, sino únicamente partiendo de la consideración de que, dentro de ese Estado miembro, es el Derecho interno el que determina que órgano judicial, en concreto, debe conocer de la acción por ser territorial y materialmente competente. Junto a lo anterior, el TJUE ha puesto de manifiesto que la voluntad del legislador europeo de dar una interpretación amplia a los conceptos “civil y mercantil” a los efectos de la aplicación del Reglamento 44/2001 y, sin embargo, de hacer una interpretación estricta del ámbito de aplicación del RPI, resulta de la Exposición de motivos de los respectivos textos<sup>22</sup>.

**10.** El análisis de los dos requisitos señalados se encuentra presente en las sentencias más recientes, mencionadas al inicio de este epígrafe. En su sentencia en el asunto C-641/16<sup>23</sup>, el TJUE afirma la inclusión en el Reglamento de Bruselas I bis, y en consecuencia la no calificación concursal, de una acción de indemnización por competencia desleal mediante la que se reprocha al cesionario de una rama de actividad adquirida en el marco de un procedimiento de insolvencia, haberse presentado de forma engañosa como el distribuidor exclusivo de artículos fabricados por el deudor. Se destaca que no se está impugnando la validez de la cesión efectuada en el procedimiento de insolvencia, sino el hecho de que el cesionario intentara apropiarse de la clientela de la demandante y que ésta actuó exclusivamente en defensa de sus intereses y no para defender los de los acreedores en el procedimiento de insolvencia del cedente, que era una sociedad del grupo. La acción, además, reprocha a las demandadas conductas cuya valoración obedece a reglas distintas a las aplicables en el marco de un procedimiento de insolvencia, de tal modo que las eventuales consecuencias de una acción de este tipo no pueden tener influencia alguna en aquél. En cuanto al requisito procesal, el TJUE entiende que una vez incorporado el derecho adquirido al patrimonio del cesionario, no puede guardar un vínculo directo con la insolvencia del deudor en cualquier circunstancia. Siendo así, incluso si no se puede poner en duda la existencia de un vínculo entre la acción en el litigio principal y el procedimiento de insolvencia, ese nexo no resulta ni suficientemente directo ni suficientemente estrecho para que la acción se pueda calificar de concursal. En esta misma línea, la sentencia en el asunto C-337/17 niega el carácter concursal de una acción pauliana ejercitada antes de la declaración de insolvencia y cuyo objeto era preservar los intereses del acreedor y no los del deudor concursado.<sup>24</sup>

**11.** A cambio, en su sentencia en el asunto C-649/16<sup>25</sup>, el TJUE ha considerado concursal una acción de responsabilidad delictual ejercitada contra los miembros de un comité de acreedores por su

<sup>18</sup> STJUE 4 diciembre 2014, C-295/13, H v. H.K, ECLI:UE:C:2014:2410..

<sup>19</sup> STJUE 2 de julio 2009, as. C-111/08, cit. y de 10 de septiembre de 2009, as. C-292/08, cit.

<sup>20</sup> STJUE 12 de febrero 2009, as. C-339/07, cit.

<sup>21</sup> FJ 22 y 23. Las razones de economía procesal son la mejora de la eficacia y la rapidez de los procedimientos de insolvencia con repercusiones transfronterizas.

<sup>22</sup> STJUE de 10 de septiembre de 2009, as. C-292/08, cit.

<sup>23</sup> El TJUE responde a la cuestión prejudicial planteada por el Tribunal de Apelación de París en el marco de un litigio en el que el cesionario de la rama de actividad de una sociedad alemana en concurso, cesión que se había producido una vez iniciado éste, por un acuerdo con el administrador, había sido demandado por una sociedad, francesa, del grupo de la concursada, por competencia desleal. La demandante alegaba que el demandado se había dirigido a sus clientes instándoles a que le dirigieran a él sus pedidos. Los demandados –el cesionario y otra sociedad– negaron la competencia del tribunal francés por entender que aquella correspondía al alemán del concurso.

<sup>24</sup> STJUE de 4 de octubre de 2018, Feniks, ECLI: EU:C:2018:805.

<sup>25</sup> La sentencia del TJUE responde a la petición de decisión prejudicial planteada por el Tribunal Supremo de Austria en el marco de un litigio entre, por una parte, dos accionistas de VAV invest, sociedad de Derecho eslovaco cuyos activos son objeto

comportamiento durante la votación de un plan de saneamiento en un procedimiento de insolvencia. El TJUE constata que, en el caso, la acción ejercitada pretende determinar si los miembros del comité incumplieron su obligación de actuar en el interés común de la totalidad de los acreedores al rechazar el plan de saneamiento, provocando con ello la apertura del procedimiento de insolvencia. Siendo así, la acción de responsabilidad controvertida es la consecuencia directa e indisociable del ejercicio por el comité de acreedores, un órgano obligatorio que se crea durante la apertura del procedimiento de insolvencia, de la función que le otorgan específicamente las disposiciones de Derecho nacional que lo regulan. Por tanto, las obligaciones que sirven de base al ejercicio de una acción de responsabilidad delictual contra un comité de acreedores tienen su origen en normas específicas de los procedimientos de insolvencia. Además, el análisis de las actuaciones necesario para el conocimiento de la acción exige considerar el alcance de las obligaciones que incumben al comité en el marco del procedimiento y la compatibilidad de su actuación con tales obligaciones. Un análisis de ese tipo presenta un vínculo directo y estrecho con el procedimiento de insolvencia y está, por tanto, en estrecha relación con su desarrollo.

12. Los numerosos casos planteados al TJUE no hacen sino poner de relieve la dificultad –en unos casos mayor que en otros– de la calificación del concepto “materia concursal” y la abundante casuística que puede producirse. Por ello, pese a su consolidado criterio y a que el artículo 6 del RPIbis ha pretendido poner claridad en la cuestión, parece que el TJUE va a tener que seguir respondiendo en el futuro a cuestiones prejudiciales sobre una materia de indudable trascendencia práctica y que entronca, además, con relevantes debates doctrinales acerca del alcance de la *vis attractiva concursus* y sus consecuencias en las insolvencias internacionales, cuestión sobre la que se vuelve más adelante.

## B) El carácter exclusivo de la competencia del juez del concurso

13. En su sentencia en el asunto, C-296/17<sup>26</sup> el TJUE ha resuelto una cuestión que hasta ahora no había abordado: el carácter de la competencia del juez del concurso, afirmando en el caso que “es exclusiva la competencia de los tribunales del Estado miembro en cuyo territorio se ha abierto un procedimiento de insolvencia para conocer de una acción revocatoria por insolvencia ejercitada contra un demandado cuyo domicilio se encuentra en otro Estado miembro”, lo que resulta coherente con la verificación de oficio de la competencia prevista en el artículo 4 del RPI bis.

14. Entre las opiniones más autorizadas<sup>27</sup> se ha venido sosteniendo que la naturaleza de la competencia del juez del concurso difiere en función del tipo de acción que pretenda ejercerse y se distingue entre a) las cuestiones sobre la apertura, desarrollo y terminación del procedimiento y los litigios relativos al procedimiento mismo; b) las acciones que se deriven directamente del procedimientos de insolvencia y guarden inmediata relación con él, a las que nos hemos referido en el epígrafe anterior, y c) las medidas cautelares que sirvan a dichas acciones.

---

de un procedimiento de saneamiento abierto en Eslovaquia, y ciertos terceros que habían contratado con ella y, por otra, dos miembros del comité de acreedores de dicha sociedad. VAV invest había presentado un plan de saneamiento que fue rechazado por el comité de acreedores sin dar una justificación comprensible, lo que llevó al fracaso del procedimiento de saneamiento y a la liquidación de los activos de la sociedad en el marco del procedimiento de quiebra abierto a continuación de acuerdo con el Derecho eslovaco. Los demandantes sostenían haber sufrido un perjuicio como consecuencia del rechazo del plan de saneamiento (materializado, en el caso de los socios de la concursada, en la considerable pérdida de valor de sus participaciones sociales y en el de los terceros, en el riesgo de fracaso de ciertos proyectos contratados con la concursada). En ese contexto, los tribunales austriacos se declararon incompetentes en primera y segunda instancia, por entender que la competencia correspondía a los tribunales eslovacos y el Tribunal Supremo de Austria planteó la cuestión en vía prejudicial al TJUE

<sup>26</sup> STJUE 14 de noviembre 2018, Wiemer, ECLI:EU:C:2018:902. La sentencia responde a una petición de decisión prejudicial planteada por el Tribunal Supremo de Bulgaria en el marco de un litigio entre una sociedad alemana en concurso (Wiemer) y el señor Tadzher, domiciliado en Bulgaria, en relación con la restitución por este de un importe de dinero que se le había transferido desde una cuenta bancaria de Wiemer sin el consentimiento del síndico provisional.

<sup>27</sup> Se sigue en esta exposición inicial a M. VIRGÓS/F. GARCIMARTÍN, *Comentario al Reglamento Europeo de Insolvencia*, Thomson Civitas, Madrid, 2003, pp. 69-71.

15. Las competencias sobre las acciones del primer supuesto (a) siempre es exclusiva de los tribunales del concurso y la del c) alternativa, mientras que la que se ejerce en el supuesto (b) es relativamente exclusiva, de manera que otros tribunales pueden conocer también de ellas. Tal como la articulan estos autores “el carácter exclusivo debe entenderse como un privilegio del síndico (o de la persona que cumpla funciones equivalentes) y, por ello, renunciabile, de tal modo que si le interesa pueda acudir directamente a los tribunales competentes con carácter general; si no es así, la competencia pertenece a los tribunales del Estado de apertura”<sup>28</sup>. Entienden estos autores que esta interpretación viene refrendada por el tenor literal del artículo 25 del RPI (32 del RPIbis), que cuando se refiere a las “resoluciones dictadas por otro órgano jurisdiccional” está admitiendo la posibilidad de que éstas emanen de tribunales que no sean los del concurso.

16. La justificación de esta postura respecto de las acciones contempladas en el apartado b es doble: por un lado, porque en el sistema del RPI se contempla la posibilidad de abrir procedimientos territoriales y de que el administrador del procedimiento territorial pueda reclamar en otros Estados por vía judicial o extrajudicial<sup>29</sup>, lo que presupone la competencia de los tribunales de esos otros Estados. En segundo lugar, afirmar la competencia exclusiva de los tribunales del Estado de apertura sin excepciones plantea inconvenientes: respecto de personas o bienes localizados fuera de la Unión Europea las sentencias que pueda dictar el juez de un Estado miembro afirmando su competencia corren el riesgo de no ser reconocidas en terceros Estados y, a la inversa, las que se dicten fuera no serán reconocidas en la Unión Europea porque no se han respetado las competencias exclusivas de sus tribunales. En situaciones intra-Unión Europea una consideración rígida de la exclusividad de la competencia de los tribunales de apertura priva al administrador de posibilidades de defensa que tendría con una concepción más flexible. De este modo, el administrador no podría reconvenir invocando la nulidad concursal de un acto frente a una acción declarativa entablada por el acreedor sobre la base del Derecho común. Además, afirmar la competencia exclusiva generaría más costes de administración de la insolvencia transfronteriza (costes de prueba del Derecho extranjero si la ley aplicable al fondo es la de otro Estado o de reconocimiento en el Estado extranjero de la decisión adoptada por el juez del Estado de apertura del concurso)<sup>30</sup>.

17. Frente a los razonamientos anteriores, el TJUE utiliza el artículo 18 del RPI en apoyo de su postura favorable a la exclusividad de la competencia del juez del concurso, en una lectura contraria a la que se acaba de exponer, llegando a la conclusión de que si bien el administrador del concurso universal no puede plantear la acción revocatoria ante los tribunales de otro Estado miembro (del domicilio del demandado, por ejemplo), sí puede hacerlo sin embargo, el del concurso territorial, si se abriera éste.

18. El diferente tratamiento de la cuestión en uno y otro caso se justifica en el hecho de que en el contexto de los procedimientos territoriales las facultades del administrador están limitadas territorialmente, puesto que los efectos de dicho procedimiento se circunscriben a los bienes del deudor situados en territorio del Estado miembro en el momento de la apertura del procedimiento. En esos casos, por tanto, el administrador debe tener la posibilidad de interponer una acción revocatoria vinculada a ese procedimiento ante los tribunales de un Estado miembro distinto cuando tras la apertura del concurso se hayan trasladado bienes objeto de éste a dicho Estado miembro. Sin embargo, el administrador del concurso universal no necesita de esa posibilidad porque la acción se puede plantear ante el tribunal del procedimiento en el que ha sido nombrado. De este modo, mientras que la competencia del juez del concurso universal es exclusiva, la del territorial puede no serlo. Esta conclusión parte de una argumentación a contrario cuyas consecuencias, por lo que se ha expuesto previamente, no parecen adecuadas.

<sup>28</sup> M. VIRGÓS/F. GARCIMARTÍN, *Comentario...*, cit., p. 69.

<sup>29</sup> Artículo 18, 2 del RPI y 21. 2 del RPIbis (“El administrador concursal nombrado por un órgano jurisdiccional competente en virtud del artículo 3, apartado 2, podrá hacer valer por vía judicial o extrajudicial en cualquier otro Estado miembro que un bien mueble ha sido trasladado del territorio del Estado de apertura del procedimiento al territorio de ese otro Estado miembro tras la apertura del procedimiento de insolvencia. El administrador concursal podrá también ejercer cualquier acción revocatoria en interés de los acreedores”).

<sup>30</sup> M. VIRGÓS/F. GARCIMARTÍN, *Comentario...*, cit., pp. 69-71

19. Todo lo anterior debe, además, ponerse en relación con lo previsto en el artículo 6 del RPI bis, que, si bien puede confirmar la decisión del TJUE, obliga a matizarla para dar cumplimiento a su apartado segundo. Según éste cuando las acciones que deriven directamente del procedimiento de insolvencia y guarden una estrecha vinculación con este, como las acciones revocatorias, sean acciones conexas con otra en materia civil o mercantil interpuesta contra el mismo demandado, el administrador concursal podrá promover ambas acciones ante los órganos jurisdiccionales del Estado miembro en cuyo territorio esté domiciliado dicho demandado. De este modo, al menos en los casos previstos en este artículo, deberá ceder la exclusividad de la competencia. Por otra parte, parece que la exclusividad se predica de la competencia de los jueces del concurso –universal o territorial– respecto de los que no lo son, pero no de los que tienen atribuida la competencia concursal entre ellos, que al menos respecto de ciertas materias, tienen una competencia concurrente, tal como resulta de la sentencia en el asunto C-649/13<sup>31</sup>.

### C) La jurisprudencia del TJUE y la *vis attractiva concursus*

20. La jurisprudencia que se ha venido exponiendo debe ponerse en relación con el juego de la *vis attractiva concursus* en el ámbito del RPI bis, que se ve reforzada sobre todo con la sentencia a la que se refiere el epígrafe anterior. Si bien el RPI bis no admite el principio *vis attractiva concursus* en el sentido amplio en el que sí lo contempla el artículo 8 nuestra LC para situaciones puramente internas, sí lo hace en un sentido limitado, de manera que, como se ha visto, aquellas acciones vinculadas al procedimiento de insolvencia sustantiva y procesalmente son de la competencia de las autoridades, normalmente judiciales, del Estado miembro de apertura del concurso y no de otras que pudieran tener atribuida competencia en virtud de las normas “comunes” de competencia judicial internacional<sup>32</sup>.

21. Como se ha visto, en el ámbito internacional la calificación de una materia como concursal o no tiene consecuencias relevantes porque puede implicar en ciertos casos privar al demandado de la posibilidad de litigar en el Estado de su domicilio para verse obligado a hacerlo en el extranjero. No obstante, las dudas, incluso de constitucionalidad que esta posibilidad plantea en ciertos ordenamientos<sup>33</sup>, se ven disipadas, al menos en el ámbito de la UE, si se tiene en cuenta que la tutela judicial efectiva no tiene porqué resultar afectada por la admisión de la *vis attractiva concursus* si se respeta el principio de legalidad y el de proporcionalidad en atención a un determinado fin legal<sup>34</sup>, que permiten garantizar la previsibilidad para las partes implicadas de posibles litigios en el extranjero y, en consecuencia, la posibilidad de adaptar sus comportamientos y sus decisiones con trascendencia jurídica a esas perspectivas. Por eso siempre que la regla europea esté clara –para aceptar o rechazar la *vis attractiva*– los obstáculos

<sup>31</sup> STJUE 11 junio 2015, Nortel, ECL:EU:C:2015:384..

<sup>32</sup> Sobre esta cuestión ver M. VIRGÓS/F. GARCIMARTÍN, *Comentario al Reglamento Europeo de Insolvencia*, Thomson Civitas, Madrid, 2003, espec. pp. 60 y ss; J. ISRAËL, *European Cross-border Insolvency Regulation: A Study of Regulation 1346/2000*, Intersentia 2005, espec. pp. 269 y ss; S. BARIATTI, “Recent Case-Law Concerning Jurisdiction and the Recognition of Judgments under the European Insolvency Regulation”, *Rabels Zeitschrift für ausländisches und internationales Privatrecht* págs. 2009, 73/3, espec. pp. 653 y ss.; “Filling in the Gaps of EC Conflicts of Laws Instruments: The Case of Jurisdiction over Actions Related to Insolvency Proceedings”, en G. VENTURINI/S. BARIATTI (editores), *Liber Fausto Pocar*, Giuffrè, 1ª ed., Milán, 2009, espec. pp. 23 y ss.; L. CARBALLO, “Vis attractiva concursus in the European Union: its development by the European Court of Justice”, *Indret*, 2010 [http://www.indret.com/pdf/750\\_es.pdf](http://www.indret.com/pdf/750_es.pdf).

<sup>33</sup> En algunos casos la *vis attractiva concursus* ha planteado, en la esfera internacional problemas de constitucionalidad ligados a su conformidad con el derecho a la tutela judicial efectiva. Estos problemas se han manifestado en el ámbito del reconocimiento de sentencias procedentes de Estados donde rige esa *vis attractiva* en otros que no contemplan tal principio (Ver L. CARBALLO, *Acciones de reintegración de la masa y Derecho concursal internacional*, Universidade de Santiago de Compostela, 2005, espec. pp. 139 y ss). Afirmar la *vis attractiva concursus* supone sustraer de la competencia del juez designado por las normas generales de competencia judicial internacional aquellas acciones que aunque guarden una relación con el procedimiento concursal, pueden plantearse también en ausencia de éste, lo que puede implicar una pérdida de garantías para el demandado y la frustración de las expectativas de los acreedores locales, que confían en la aplicación de concretos criterios de competencia judicial internacional (A. HERCHEN, *Das Übereinkommen über Insolvenzverfahren der Mitgliedstaaten der Europäischen Union vom 23.11.1995, eine Analyse zentraler Fragen des Internationalen Insolvenzrechts unter besonderer Berücksichtigung dinglicher Sicherungsrechte*, Ergon, 1ª ed., Würzburg, 2000, Würzburg, 2000, espec. pp. 221-222).

<sup>34</sup> L. CARBALLO, *Acciones de reintegración de la masa...*, op. cit., espec. p. 141.

derivados de la discusión sobre la constitucionalidad del principio en el ámbito internacional desaparecen, o al menos quedan limitados a supuestos concretos<sup>35</sup>.

22. En ese contexto, la sentencia del TJUE en el asunto C- 295/13, citada, en la que había afirmado que una acción que no exigía para su planteamiento la apertura del concurso podía ser, no obstante, calificada de concursal cuando se ejercía una vez abierto este, contribuyó a ampliar el ámbito de la *vis attractiva*. Si a ello se une que la competencia del juez del concurso para conocer de las acciones que pueden ser calificadas de concursales no es solo relativamente exclusiva, sino exclusiva, sin más calificativos, esa tendencia a la admisión de la institución se ve reforzada.

## 2. Cuestiones de ley aplicable

23. El artículo 7 del RPIbis mantiene la regla general de Derecho aplicable basada en la *lex fori concursus*, que ya recogía el artículo 4 del RPI e introduce ciertas modificaciones en la regulación de las excepciones a la misma que se venían admitiendo<sup>36</sup>.

24. El TJUE se ha ocupado en distintas ocasiones de las cuestiones de Derecho aplicable suscitadas por las normas de conflicto incluidas en los Reglamentos en materia de insolvencia<sup>37</sup>. El artículo de Derecho aplicable, que en más ocasiones ha suscitado la necesidad de una respuesta en vía prejudicial por parte del TJUE ha sido el 13 del RPI (16 del RPI bis). Atendiendo al sistema conflictual de estos Reglamentos, la nulidad, anulación o inoponibilidad de los actos perjudiciales para el conjunto de los acreedores se rige por la ley del Estado de apertura del procedimiento (*lex concursus*)<sup>38</sup>, pero no se aplicará dicha ley si quien se haya beneficiado de un acto perjudicial para los intereses de los acreedores prueba que “a) dicho acto está sujeto al Derecho de un Estado miembro distinto del Estado de apertura del procedimiento y que b) en ese caso concreto, la ley de dicho Estado miembro no permite por ningún medio que se impugne dicho acto”.

<sup>35</sup> Con carácter general, desaparecen respecto de los administradores del concursado, para los que resulta previsible; desaparecen también para los acreedores, a quienes resultará razonable verse obligados a plantear las acciones o, en su caso ser atraídos como demandados, que es donde se plantea verdaderamente la discusión, en el Estado en el que –de acuerdo con el RPI– se ha declarado el concurso cuando el litigio les enfrente al propio concursado. Eso es cierto cuando se trata del Estado del centro de los intereses principales del deudor y lo mismo podría decirse de los tribunales del Estado de un establecimiento del concursado siempre que el litigio guarde relación con esa explotación en concreto. Más dudas plantea la razonabilidad del criterio cuando el litigio no enfrenta al concursado y alguno de sus acreedores, sino cuando se plantea entre el primero y un tercero (caso de la acción pauliana, por ejemplo), respecto de los que no se puede afirmar el cumplimiento de la condición de “previsibilidad”. Respecto de ellos se afirma que en las situaciones concursales además de los intereses privados, de los acreedores y de terceros, cobra relieve el interés público, que se hace prevalecer sobre los intereses presentes en las relaciones jurídicas privadas que pueden ser objeto de litigio (L. CARBALLO, *Acciones de reintegración de la masa...*, op. cit., espec. pp. 136-137; sobre la cuestión, asimismo, E. TORRALBA, “Las acciones de responsabilidad de los administradores: ¿lex societatis o lex concursus?”, *Anuario de Derecho Concursal*, en prensa).

<sup>36</sup> Se añadió un párrafo al artículo 8 (“*Los efectos del procedimiento de insolvencia sobre un contrato que otorgue un derecho de uso o de adquisición de un bien inmueble se regularán exclusivamente por la ley del Estado miembro en cuyo territorio esté situado el inmueble*”), en virtud del cual el juez del concurso puede aprobar la terminación o modificación de esos contratos (i) si la ley por la que se rigen exige para tal terminación o modificación la aprobación del juez del concurso y (ii) no se ha abierto ningún procedimiento de insolvencia en el Estado miembro cuya ley se aplica al contrato. Respecto de los contratos de trabajo se mantiene la regla de que los efectos del procedimiento de insolvencia sobre ellos y sobre la relación laboral se regularán exclusivamente por la ley del Estado miembro aplicable al contrato de trabajo, pero se añade que “*los órganos jurisdiccionales del estado miembro en el que puedan abrirse procedimientos de insolvencia secundarios seguirán siendo competentes para aprobar la rescisión o modificación*” de tales contratos “*aunque no se haya incoado ningún procedimiento en dicho Estado miembro*” y que ese criterio es también aplicable a “*una autoridad que sea competente en virtud del Derecho nacional para aprobar la rescisión o modificación de los contratos contemplados en el presente artículo*” (sobre esta cuestión, E. RODRIGUEZ PINEAU, “Contrato de trabajo y concurso transfronterizo”, *Anuario de Derecho Concursal*, n° 37, 2016, pp. 195-215). Por último, el artículo 18 aclara cuál es la ley rectora de los efectos del procedimiento de insolvencia no solo sobre los procedimientos judiciales en curso, sino también sobre los arbitrales. Estos últimos se regirán exclusivamente por la ley del estado miembro en el que tenga su sede el tribunal arbitral.

<sup>37</sup> Recuérdense, en concreto, las sentencias de 10 de septiembre de 2009, as. C-292/08, German Graphics, cit.; 5 de julio de 2012, as. C-527/10, Erste Bank, ECLI:EU:C:2012:417; de 22 de noviembre de 2012, as. C-116/11, Bank Handlowy, ECLI:EU:C:2012:739; de 16 de enero de 2014, C-328/12, Schmid, ECLI:EU:C:2014:6; de 4 de septiembre de 2014, as. C-327/13, Burgo, ECLI:EU:C:2014:2158. o de 16 de abril de 2015, as. C-557/13, Lutz, ECLI:EU:C:2015:227.

<sup>38</sup> Artículo 4, 2,m del RPI (7.2 del RPI bis).

25. En fecha reciente, el TJUE se ha pronunciado sobre la forma y los plazos para invocar dicho artículo (asunto C-54/16<sup>39</sup>). En el caso, para la concursada el artículo 13 del RPI incorporaba una excepción procesal que la otra parte había planteado extemporáneamente según las normas procesales italianas, mientras que de contrario se alegaba que la excepción no tenía tal carácter y podía ser apreciada también de oficio por el juez después del vencimiento del plazo señalado a la parte<sup>40</sup>. El TJUE afirma en su sentencia que, a falta de armonización de los aspectos procesales en la Unión Europea, corresponde a cada Estado miembro, en virtud del principio de autonomía procesal, fijar la forma y los plazos que debe cumplir una parte para invocar el artículo 13 en un procedimiento ante sus tribunales, con el límite de que no pueden ser menos favorables que los que rigen en situaciones similares de carácter interno ni hacer en la práctica imposible o excesivamente difícil el ejercicio de los derechos conferidos por el ordenamiento de la Unión Europea. Añade que esto no contradice la afirmación de que la excepción que establece el artículo 13 incluye también los plazos de prescripción, anulabilidad y caducidad previstos en la *lex causae*. Aclara, además, el TJUE que el artículo 13 no permite la invocación meramente abstracta del carácter no recurrible del acto según la *lex causae*, sino que la parte que lo alega debe demostrar que en el caso en concreto no se cumplen los requisitos exigidos para que pueda acogerse un recurso interpuesto contra él<sup>41</sup>.

26. Con esta última afirmación el TJUE reitera lo que ya había señalado en su sentencia en el asunto C-310/14<sup>42</sup>, en el que, no obstante, matizó que el tribunal nacional que conoce de la acción puede considerar que incumbe al demandante aportar prueba de la existencia de una disposición en virtud de la que el acto puede impugnarse, pero solo si el demandado, en un primer momento, ha demostrado efectivamente que el acto de que se trata es inimpugnable en virtud de la misma ley. En este caso se aclaró asimismo que la expresión “no permite en ningún caso que se impugne dicho acto” se refiere tanto a las disposiciones de la *lex causae* en materia de insolvencia, como a todas las disposiciones y principios generales de esta ley.

27. La segunda cuestión sobre la que se ha pronunciado el TJUE en fecha reciente en relación con las normas de Derecho aplicable del RPI es la de la suerte de los procedimientos en curso en el momento de la apertura del procedimiento de insolvencia (asunto C-250/17)<sup>43</sup>, en relación con el artículo 15 del RPI (18 del RPI bis), que establece que “*los efectos del procedimiento insolvencia con respecto a otros procedimientos en curso en relación con un bien o un derecho de la masa se regirán exclusivamente por la ley*

<sup>39</sup> STJUE 8 junio 2017, Vinlys Italia, ECLI:EU:C:2017:433. Sobre esta sentencia, E. RODRÍGUEZ PINEAU, “Revocatoria concursal transfronteriza y fraude de ley. (A propósito de la sentencia del TJUE C-54/16 “Vinlys Italia, de 8 de junio de 2017, *Revista de Derecho Concursal y Paraconcursal*, núm. 28, 2018, pp. 203-211; A. ESPINIELLA, “Ley aplicable a las acciones concursales de reintegración (comentario a la STJUE de 8 de junio de 2017, Vinlys Italia”, *Cuadernos de Derecho Transnacional*, Vol. 11, núm. 1, 2019, pp. 739-750.

<sup>40</sup> Los hechos eran los siguientes: las partes, ambas italianas, habían celebrado un contrato de fletamento marítimo sujeto a Derecho inglés. Declarada una de ellas en concurso en Italia, el administrador concursal pretendía, de acuerdo con el Derecho italiano, la revocación de ciertos pagos realizados en ejecución del contrato. La otra parte alegaba que ello no era posible ya que el contrato se regía por Derecho inglés, de acuerdo con el que el pago era irrevocable.

<sup>41</sup> En su sentencia de 16 de abril de 2015, as. C-557/13, Lutz, cit., el TJUE ya había aclarado que los requisitos de forma para el ejercicio de la acción revocatoria se rigen, a efectos de la aplicación del artículo 13, por la ley a la que esté sujeto el acto impugnado por el administrador. En esta sentencia el TJUE afirmó, además, que el artículo 13 no se aplicaba, en principio, en los casos en los que se hubiera efectuado un pago a un acreedor después de la apertura del concurso porque, aunque el precepto no establece límite temporal alguno, su objetivo es proteger las expectativas legítimas y la seguridad de las operaciones en Estados miembros distintos a aquél en el que se inicia el procedimiento y entenderlo aplicable a los actos que tienen lugar con posterioridad a su apertura iría más allá de lo necesario para alcanzar dicho fin. Como excepción esa afirmación no se aplica cuando el pago se produce sobre la base de un derecho real constituido antes de la apertura del procedimiento, caso en el que opera la protección del artículo 5 del RPI (8 del RPI bis). Sobre esta sentencia, L. CARBALLO, “Hermann Lutz v. Elke Bäuerle o de la ley aplicable a las acciones revocatorias concursales”, *Bitácora Millenium DIPr: Derecho Internacional Privado*, núm. 2, 2015.

<sup>42</sup> STJUE 15 octubre 2015, Nike, ECLI:EU:C:2015:690.

<sup>43</sup> STJUE 6 junio 2018, Tarragó da Silveira, ECLI:EU:C:2018:398. Esta sentencia responde a una petición de decisión prejudicial planteada por el Tribunal Supremo de Portugal en el marco de un litigio entre el Sr. Targó da Silveira y la Massa Insolvente da Espirito Santo Financial Group, S.A en el que el primero, con domicilio en Londres, demandó a Espirito Santo Financial Group, con domicilio social en Luxemburgo, ante un tribunal de primera instancia de Lisboa en reclamación de una cantidad basada en un contrato de prestación de servicios. Una vez iniciado ese procedimiento un tribunal de distrito de Luxemburgo declaró la quiebra del demandado, por lo que la masa de la quiebra pasa a ser parte en el procedimiento portugués.



*del Estado miembro en el que estén curso dicho procedimiento*". En la sentencia mencionada, el TJUE aclara que el precepto no se aplica únicamente a los procedimientos declarativos en curso que se refieren a un bien o un derecho de la masa individualmente determinado, sino que se extiende aquellos que afectan a la masa de la quiebra del deudor. En el caso se planteaba la cuestión de si un procedimiento pendiente en Portugal, iniciado por una demanda de reclamación de cantidad con base en un contrato de prestación de servicios iniciado antes de la apertura del concurso del demandado en Luxemburgo, podía continuar o no y qué Derecho decidía esa cuestión. La discusión se centraba en determinar si los efectos de la apertura del concurso sobre el procedimiento abierto en Portugal debían regirse por Derecho portugués, en cuyo caso debería sobreeserse, o por el luxemburgués, que permitiría su continuidad. En apoyo de la segunda interpretación, el demandante alegaba que el artículo 15 del RPI sólo es aplicable a los procedimientos en curso que tienen por objeto un bien o un derecho determinado y que los procedimientos en los que se reclama el cumplimiento de una obligación de carácter pecuniario no están comprendidos en su ámbito de aplicación. Sin embargo, el administrador de la concursada defendía que dicho artículo se aplica a todos los procedimientos en curso ante un tribunal de un Estado miembro distintos de la apertura de un procedimiento de insolvencia, en relación con bienes o derechos de la masa, determinados o indeterminados.

**28.** El TJUE sostiene la segunda de estas posturas sobre la base de que el artículo 15 es una excepción a la norma de conflicto general; la contenida en el artículo 4 del RPI –7 del RPIbis–, que no indica que un procedimiento en curso deba referirse a un bien o un derecho determinado, sino que emplea la expresión general "*procedimiento en curso*", lo que conduce a entender que se refiere, en sentido amplio, a un bien o un derecho de la masa de la quiebra. El TJUE recuerda, además, que, como ha declarado en decisiones anteriores, el artículo 15 no puede aplicarse indistintamente a todos los procedimientos en curso relativos a un bien o un derecho de la masa de la quiebra, sino que excluye los procedimientos de ejecución forzosa.

### III. Retos

#### 1. La cooperación entre procedimientos

**29.** El RPI bis mantiene, con ciertas modificaciones respecto del texto anterior, un sistema destinado a asegurar la cooperación entre el procedimiento universal y el/los territoriales de insolvencia referidos al mismo deudor y establece asimismo un mecanismo destinado a regular la insolvencia de los grupos de sociedades, que se basa también en esa idea de cooperación y que no estaba presente en el texto anterior.

##### A) La cooperación entre procedimientos abiertos frente a un mismo deudor

**30.** El RPI bis establece un sistema de cooperación entre procedimientos de insolvencia abiertos frente a un mismo deudor coherente con el modelo de universalismo mitigado que adopta y que reproduce, en lo esencial, lo que ya preveía su predecesor, el RPI.

**31.** Los artículos 41 y ss del RPI bis recogen las reglas de cooperación y comunicación, distinguiendo, por un lado, entre las obligaciones de los administradores concursales, las obligaciones y facultades de los órganos jurisdiccionales y la cooperación y comunicación entre unos y otros y añadiendo a continuación la regulación de situaciones concretas, que evidencian que todo el sistema se sustenta sobre la base de la subordinación de los procedimientos territoriales –secundarios– al universal –principal–. El Reglamento recoge algunas de las modalidades de esa cooperación, pero no excluye que se pueda llevar a cabo de otra manera, siempre que no sea incompatible con las normas aplicables a los respectivos procedimientos.

**32.** Por otra parte, la necesidad de cooperación entre procedimientos abiertos frente a un mismo deudor debe ponerse en relación con la voluntad declarada del RPI bis de reducir los casos en que se abren

los segundos. La aplicación del RPI bis evidenció que la apertura de procedimientos territoriales<sup>44</sup> obstaculizaba en ciertos casos la administración eficaz del patrimonio del deudor, puesto que el administrador del procedimiento principal dejaba de tener control sobre los bienes del concursado situados en el Estado del procedimiento territorial, lo que hacía más difícil la reestructuración de la empresa y su venta como empresa en funcionamiento. Por ello, el RPI bis introdujo medidas destinadas a propiciar un mayor control en la apertura de procedimientos secundarios, de manera que éstos no lleguen a abrirse si no lo justifica el interés de los acreedores locales, a incrementar las facultades de control del administrador del procedimiento principal sobre los secundarios, suprimir la exigencia de que los procedimientos secundarios abiertos después del principal fueran de liquidación y mejorar la coordinación entre el procedimiento principal y los secundarios, haciéndola recaer no sólo en los administradores sino también en los respectivos tribunales.

#### *Referencia a los procedimientos “sintéticos”<sup>45</sup>*

**33.** En relación con este objetivo resulta especialmente llamativa la introducción en el artículo 36 del RPI bis de los llamados procedimientos “sintéticos”. Pese a que no sean un supuesto de cooperación entre procedimientos, sino que lo que persiguen es, precisamente, evitar la apertura de uno de ellos, resulta interesante su estudio en este ámbito, en la medida en que evidencian la tendencia hacia la voluntad flexibilizadora que caracteriza también a las reglas de cooperación.

**34.** El precepto mencionado prevé la facultad del administrador del procedimiento universal de comprometerse con los acreedores locales<sup>46</sup> del Estado miembro donde podría abrirse un territorial a reconocerles, en el marco del primero, los derechos según el orden de prelación de créditos del segundo sobre los bienes situados en el Estado en el que podría abrirse este último (el momento pertinente para determinar cuáles son esos bienes es aquel en el que se contrae el compromiso). En tal situación en el procedimiento universal se abre una subcategoría dentro de la masa activa integrada por los bienes situados en el Estado miembro donde hubiera podido abrirse el procedimiento territorial.

**35.** La admisión de estos “procedimientos sintéticos” es consecuencia de la práctica que se venía adoptando en el Reino Unido en los casos en los que se consideraba excesivamente gravosa la apertura de un procedimiento secundario, pero introduce una complejidad y previsiblemente unos costes económicos y temporales que hacen prever que sean de una utilidad marginal. Pueden tener sentido en aquellos casos en los que, en el Estado donde pudiera abrirse el procedimiento territorial que se quiere evitar, la cuantía de los bienes que pudieran imputarse a la masa activa no justifique los costes de apertura, pero sí haya un acreedor local —Seguridad Social, Hacienda Pública, etc.— que quiera asegurarse el cobro sobre esos bienes y no estar sujeto a la incertidumbre que podría resultar de la calificación de su crédito en un procedimiento extranjero. En este caso el acuerdo previsto en el artículo 36 puede resultar de utilidad, pero en situaciones más complejas dejaría de tenerla.

**36.** Por otra parte, el funcionamiento del mecanismo previsto plantea no pocas dudas, tanto respecto del tratamiento de los acreedores “no locales”, que pese a no votar el acuerdo quedan afectados

<sup>44</sup> Estas críticas se recogen asimismo en el Heidelberg-Luxembourg-Vienna Report, en HESS/OBERHAMMER/PFEIFFER, *European...*, op. cit., espec. pp. 237 y ss.

<sup>45</sup> Se sigue en este punto, así como en parte del apartado siguiente, sobre los grupos de sociedades, lo que ya se expuso sobre esta nueva figura en E. TORRALBA, “El nuevo Reglamento en materia de procedimientos sobre insolvencia”, en M. JIMENO (Dir.), *Aproximación legislativa versus reconocimiento mutuo en el desarrollo del espacio judicial europeo: una perspectiva multidisciplinar*, ed. Bosch, 2016, pp. 83-115.

<sup>46</sup> Por acreedor local se entiende, de acuerdo con el artículo 2.11, “todo acreedor cuyos créditos frente al deudor surjan de la explotación de un establecimiento situado en un Estado miembro distinto del Estado miembro en el que el deudor tenga su COMI o que estén relacionados con dicha explotación”. Pese a que el tenor literal de la regla no resulta muy afortunado, no parece que quepa interpretarlo más que en el sentido de que, si lo que justifica la posibilidad de abrir un procedimiento territorial es la presencia de un establecimiento en un Estado miembro de la Unión Europea distinto de aquel en el que radica el COMI del deudor, son acreedores locales aquellos cuyos créditos surgen de la explotación de ese establecimiento concreto (y no, como dice literalmente la norma, de “un” establecimiento situado en un Estado —¿cualquiera?— distinto de aquel en el que se sitúa el COMI).

por él, como en relación con ciertas cuestiones de procedimiento (¿quien debe efectuar la comunicación del compromiso que fija el inicio del plazo de treinta días en el que aún se puede solicitar la apertura del procedimiento territorial, a que se refiere el segundo apartado del artículo 37 del RPIbis?), como en relación con las posibles responsabilidades en que pudiera incurrir el administrador concursal, o los costes que puedan generarse en caso de un número elevado de acreedores locales, entre otras.

**37.** Junto a ello, el compromiso —que se debe expresar por escrito— se sujeta, además de a los requisitos exigidos por el RPI bis, a cualquier otro requisito de forma y de aprobación de la distribución que pudiera prever el ordenamiento del Estado miembro del procedimiento principal. Es decir, en el marco del procedimiento principal se van a aplicar dos ordenamientos distintos, en su caso de forma acumulativa, lo que necesariamente aumenta los costes materiales y temporales de aquél. Tampoco queda claro en qué puede consistir la “garantía” a que se refiere el RPI bis cuando señala que “*los acreedores locales podrán solicitar que los órganos jurisdiccionales del Estado miembro en el que se haya abierto el procedimiento de insolvencia principal exijan al administrador concursal de dicho procedimiento que tome las medidas apropiadas necesarias para garantizar el cumplimiento de las condiciones del compromiso adquirido, de acuerdo con el derecho del Estado de apertura del procedimiento de insolvencia principal*”<sup>47</sup>, ni cómo funcionan las relaciones de estos procedimientos con otras previsiones del RPI bis. Tal es el caso, por ejemplo, del “blindaje” frente a la insolvencia de los derechos reales sobre bienes situados fuera del Estado miembro de apertura<sup>48</sup>, con la consecuencia de que si, abierto un procedimiento universal en A, el bien se encuentra en B, el titular del derecho real puede proceder a su ejecución separada. Esa posibilidad se frustra si en B se abre un procedimiento territorial, porque en ese caso el bien ya no se encuentra fuera del Estado de apertura. La cuestión es qué va a pasar cuando se celebre alguno de los compromisos que dan lugar a un procedimiento “sintético”: si los entendemos equivalentes a estos efectos a la apertura del procedimiento de insolvencia, van a impedir la posibilidad de ejecución separada, mientras que en caso contrario no será así. Si la solución es la primera, debería haberse previsto expresamente; si es la segunda, en todos aquellos casos en los que exista un activo valioso gravado con un derecho real existirá un claro incentivo para no aceptar el compromiso propuesto e instar la insolvencia.

## **B) La insolvencia de los grupos de sociedades**

**38.** El RPI bis introduce reglas sobre la insolvencia de los grupos de sociedades, cuya ausencia en el RPI había sido motivo de las mayores críticas a este texto<sup>49</sup>. De las dos alternativas que se plantearon en los trabajos preparatorios, la acumulación procesal en el Estado del COMI de la matriz, no extensible a todos los casos, o el establecimiento de un sistema de cooperación procesal, los artículos 56 a 70 el RPI bis optaron por la segunda.

**39.** Los aspectos internacionales de la insolvencia de los grupos de sociedades se pueden analizar fundamentalmente desde cuatro perspectivas<sup>50</sup>: a) la separación de procedimientos que supone mantener un enfoque individual de la insolvencia, de manera que a la hora de determinar la competencia judicial internacional para abrir el procedimiento se atiende a la noción jurídica de deudor y no a la económica, no al deudor-empresa, que permitiría agrupar distintas sociedades con personalidad jurídica independiente bajo una sola personalidad económica; es la solución adoptada en el predecesor del RPI bis<sup>51</sup>; b) la con-

<sup>47</sup> Artículo 36.8.

<sup>48</sup> Artículo 8, en relación con los artículos 16 y 7,2.m. Sobre el funcionamiento de esta regla, por todos: M. VIRGÓS/F. GARCIMARTÍN, *Comentario...*, op. cit., espec. pp. 83 y ss.

<sup>49</sup> Sobre esta cuestión ver el Heidelberg-Luxembourg-Vienna Report, en HESS/OBERHAMMER/PFEIFFER, *European...*, op. cit., espec. pp. 13 y ss. En él se rechaza la solución de la consolidación, para proponer un sistema de coordinación entre procedimientos.

<sup>50</sup> Ver al respecto, L. GARCÍA GUTIÉRREZ, “Reflexiones acerca de la regulación de la insolvencia de los grupos internacionales de sociedades en la Unión Europea”, *RJUAM*, nº 31, 2015-1, pp. 205-226; G. McCORMACK, “Reforming the European Insolvency Regulation: A Legal and Policy Perspective”, *Journal of Private International Law*, 1/2014, pp. 41-67.

<sup>51</sup> Sobre este sistema en el texto del Reglamento antes de su reforma, M. VIRGÓS/F. GARCIMARTÍN, *Comentario...*, op. cit., espec. pp. 53 y ss; G. MOSS, “Group Insolvency- Choice of Forum and Law: the European Experience Under The Influence of English Pragmatism”, *Brooklyn Journal of International Law*, 32/2007, pp. 1005-1018..

solidación procesal, que permitiría la acumulación de procedimientos de insolvencia relativos a distintas sociedades del grupo ante un mismo órgano jurisdiccional y, en su caso, el nombramiento de un único administrador concursal para todos los procedimientos. En este modelo no se unifican las masas activas y pasivas de los diferentes concursos<sup>52</sup>; c) la consolidación sustantiva, que al modelo anterior añade, además, la consolidación de las masas activa y pasiva de todos los concursos y la aplicación de una única ley y d) la cooperación procesal, que coincide inicialmente con la separación de procedimientos, en el sentido de que sociedad concursaría en el Estado de su COMI, que aplicaría al procedimiento su propia ley, pero se articularían reglas de cooperación y coordinación entre los distintos procedimientos<sup>53</sup>.

40. El primer problema que suscitaba el establecimiento de una regla era la ausencia de un concepto común europeo de grupo de sociedades<sup>54</sup>. El RPI bis proporciona uno caracterizado por su parquedad, puesto que se limita a señalar que por tal hay que entender “*una empresa matriz y todas sus empresas filiales*”<sup>55</sup>. Tras ello opta por el último de los cuatro modelos expuestos, el de la cooperación procesal, de manera que en el sistema europeo no es posible la acumulación ni procesal ni sustantiva de concursos de los deudores del mismo grupo en aquellos casos en los que los criterios que determinan la competencia para su apertura, en aplicación del RPI bis, no permiten atribuirlos a los órganos de un mismo Estado. El RPI bis no impide, a cambio, que si, en virtud de sus reglas, la competencia corresponde a las autoridades de un solo Estado miembro respecto de varias sociedades del grupo, se produzca la consolidación a nivel interno si las normas del foro lo permiten.

41. El modelo adoptado es respetuoso con las expectativas de los acreedores, que calibran su riesgo concursal en relación con la entidad con la que están contratando y no con su matriz, cuya ubicación con frecuencia desconocen. Si en situación de insolvencia se permite la acumulación de los concursos de las filiales en el COMI de esa matriz, se estarían frustrando las expectativas de los acreedores, que confiaron en la aplicación de la normativa concursal del Estado del COMI de su deudor y en el conocimiento de sus tribunales<sup>56</sup>. Además, aleja el riesgo de que, al abrirse procedimientos separados, cada administración concursal busque la solución mejor desde el punto de vista local y no se obtengan los beneficios de una solución conjunta a nivel de grupo, puesto que establece mecanismos de comunicación, coordinación y cooperación a través de los que se pretende atender a la insolvencia global.

42. Desde esa premisa, el RPI bis distingue entre la “cooperación y comunicación” y la “coordinación”. Respecto de la primera, las funciones de cooperación recaen en los administradores y tribunales de los respectivos procedimientos y puede adoptar distintas formas. A los primeros se les imponen unas obligaciones de cooperación que, según se explicita, pueden consistir en la comunicación de cualquier información que puede resultar útil para otros procedimientos, estudiar las posibilidades de coordinar la gestión y supervisión de las actividades de los miembros del grupo y, en su caso, proceder a esa coordinación, estudiar las posibilidades de reestructuración y concertar planes de acción coordinados, entre otras, si bien esas obligaciones solo operarán “en la medida en que tal cooperación sea conveniente para facilitar la eficaz administración de esos procedimientos, no sea incompatible con las normas aplicables a los mismos y no suponga un conflicto de intereses”<sup>57</sup>. De la misma forma, se otorga a los administradores el derecho de ser oídos y participar en los procedimientos concursales de otras sociedades del grupo,

<sup>52</sup> Sobre esta opción, ver B. WESSELS, “Insolvency of Groups of Companies. The Present Debate in Europe”, *Norton Ann. Rev. Of Intl. Insolvency*, 2012, nº 3, pp. 3 y ss, espec. p. 21.

<sup>53</sup> No se va a entrar aquí en la descripción de las ventajas e inconvenientes de cada uno de los modelos, dado que se trata de un análisis complejo que excede el objeto de este trabajo. Para una completa relación de tales ventajas e inconvenientes, ver L. GARCÍA GUTIÉRREZ, “Reflexiones acerca de la regulación...”, cit. Ver asimismo, A. ESPINIELLA, que propone un modelo que califica de “diversificación jurídica corregida” (*Procedimientos de insolvencia y grupos multinacionales de sociedades*, Thomson Civitas, Cizur Menor, 2006).

<sup>54</sup> Sobre los problemas de Derecho internacional privado en relación con los grupos de sociedades, ver M. BODE, *Le groupe international de sociétés. Le système de conflit de lois en droit comparé français et allemand*, Peter Lang, Berna, 2010.

<sup>55</sup> Artículo 2, 13.

<sup>56</sup> Crítica con este argumento L. GARCÍA GUTIÉRREZ, “Reflexiones...”, op.cit., espec. p.209.

<sup>57</sup> Artículo 56.

de solicitar la suspensión de cualquier medida relacionada con la realización de activos en el procedimiento abierto respecto de otro miembro del grupo, en ciertas circunstancias, o de solicitar el inicio de un procedimiento de cooperación<sup>58</sup>.

**43.** La cooperación entre tribunales se articula de manera potestativa, está sujeta a las condiciones que se señalan en el apartado anterior, e incluye medidas como la coordinación del nombramiento de los administradores concursales, la comunicación de información, la coordinación de la administración y supervisión de los activos y negocios de los miembros del grupo, la coordinación de la celebración de las vistas y la coordinación en la aprobación de protocolos<sup>59</sup>. Se prevé, por último, un deber de cooperación de los administradores con los tribunales que conozcan de la insolvencia de cualquier miembro del grupo, a los que podrán, además, solicitar información sobre los procedimientos en cuestión o asistencia respecto de procedimiento para el que hayan sido designados.

**44.** El “procedimiento de coordinación”<sup>60</sup> resulta más complejo, en la medida en que exige el nombramiento de un coordinador y el establecimiento de un foro encargado de la coordinación, así como la elaboración de un plan de coordinación. En él no están obligados a participar los administradores de todos los procedimientos abiertos frente a sociedades del grupo, sino que pueden oponerse a la inclusión de su procedimiento en el mecanismo. Por otra parte, los administradores no están obligados a seguir ni total ni parcialmente las recomendaciones del coordinador ni el plan de coordinación, pero si no lo hacen deberán indicar los motivos de ello.

**45.** El sistema es, además de complejo, costoso<sup>61</sup> y su mayor o menor eficacia deberá ser puesta a prueba por la práctica. Quedan, además, numerosas cuestiones abiertas en relación con la responsabilidad que genera la ausencia de cooperación (entendida en sentido amplio, que engloba la coordinación), o la cooperación ineficiente, o incluso con su alcance porque no parece que la regulación agote todas las alternativas posibles que aquella puede revestir.

### C) Los protocolos concursales

**46.** Como se ha visto, el RPI bis establece mecanismos sobre el papel eficaces a la hora de llevar a cabo la cooperación. No obstante, la práctica demuestra lo muy escasamente que se hace uso de ellos y la necesidad de fomentar la comunicación entre procedimientos para una resolución eficaz de la insolvencia, cualquiera que sea la finalidad –reestructuración o liquidación– que se persiga. La cuestión no es sencilla porque la dificultad no estriba solo en el establecimiento de las normas adecuadas, sino, sobre todo, en superar las limitaciones impuestas por las distintas culturas jurídicas y en los márgenes que los propios ordenamientos nacionales dejan a esta cooperación, sobre la base de consideraciones no estrictamente concursales, sino relativas al fundamento del propio sistema jurídico: concepción de las reglas de competencia, margen de actuación concedido a los tribunales, materias sobre las que es posible disponer mediante acuerdo, etc.

**47.** En este contexto, merece especial atención una figura mencionada en el RPI bis, pero todavía insuficientemente desarrollada en el ámbito de la UE: los protocolos concursales, que pueden resultar un instrumento útil para la eficacia de la cooperación. A ellos se refieren tanto su artículo 41 (“Dicha cooperación podrá adoptar cualquier forma, incluida la celebración de acuerdos o protocolos”), como los artículos 42,3,e, referido a la cooperación y comunicación entre órganos jurisdiccionales y 43, sobre la cooperación y comunicación entre los administradores concursales y los órganos jurisdiccionales. También en la regulación de la insolvencia de grupos se hacen repetidas referencias a ellos (artículos 56, 1 y 57).

<sup>58</sup> Artículo 60.

<sup>59</sup> Artículo 57.

<sup>60</sup> Artículos 61 a 77.

<sup>61</sup> Sólo la necesidad de efectuar comunicaciones en distintas lenguas, inevitable en este contexto, supone un coste considerable. Los artículos 59 y 77 se refieren a los costes y su distribución.

48. Es esta una figura muy poco desarrollada en los sistemas continentales, pero más frecuente en los de *common law*. Se trata de un mecanismo de cooperación y comunicación entre administradores concursales y/o tribunales en supuestos de insolvencias transfronterizas a través de los que es posible llegar a acuerdos para el desarrollo ordenado de tales procedimientos<sup>62</sup>. Si se analizan los protocolos concluidos hasta ahora, que se enmarcan sobre todo en el ámbito extraeuropeo<sup>63</sup>, se observa que generalmente están sujetos a aprobación judicial y que su contenido puede ser muy variado.

49. A título de ejemplo, el primero del que se tiene noticia, el Protocolo Maxwell, celebrado entre los administradores de un procedimiento abierto en Nueva York<sup>64</sup> y los de otro abierto en Londres<sup>65</sup> y que tratada de coordinar la insolvencia de dos sociedades del mismo grupo, incluye un acuerdo de las partes para nombrar un administrador concursal común a ambos procedimientos y, además, un supervisor facultado para la aprobación de algunas de sus decisiones (otras debían ser aprobadas por los respectivos tribunales); del mismo modo, el administrador debía informar al supervisor acerca de cualquier hallazgo relativo a los acuerdos financieros entre miembros del grupo y se preveía que la aprobación de los tribunales era necesaria para disponer de activos u obtener refinanciación por encima de cierta cuantía. En otros casos los acuerdos han previsto la obligación de que se celebraran reuniones periódicas de los administradores concursales de las sociedades implicadas, o, incluso, la posibilidad de que las partes celebraran acuerdos acerca de los tribunales –de los que conocían de los concursos respectivos– a los que acudir cuando la materia lo justificara, o sobre el reconocimiento automático de las resoluciones de uno de los concursos en el otro, entre otros. El contenido puede ser muy variado<sup>66</sup>, tanto como la colaboración requiera y los implicados estén dispuestos a acordar, si bien en el ámbito europeo los límites a los posibles acuerdos están fijados por el propio RPI bis y, en su caso, por la legislación nacional.

50. Que los protocolos puedan convertirse en un instrumento útil en este contexto depende, en gran medida, de que exista una mayor concreción acerca de su naturaleza jurídica, ligada a su carácter contractualmente vinculante o no y a la claridad de sus contornos –los límites a los que pueden estar sujetos en la Unión Europea–, pero también de la información a los operadores jurídicos y de la promoción entre ellos como un instrumento útil si es que, una vez aclarados los dos extremos anteriores, efectivamente se estima que lo son.

## 2. Los institutos preconcursales

51. El RPI no incluía los procedimientos de “preinsolvencia” en su ámbito de aplicación, lo que fue percibido, especialmente en un período de crisis económica en la que gran parte de los Estados miembros de la Unión Europea se dotaron de esos mecanismos, como una de sus carencias más rele-

---

<sup>62</sup> Sobre los protocolos, ver E. MOUSTAIRA, *International Insolvency Law*, Springer, Cham, 2019, pp. 107-118; A. KAMAL-NATH, “Cross border insolvency protocols: a success story”, *International Journal of Legal Studies and Research*, vol. 2, núm. 2, 2013, pp- 172-190. M. MALTESE, Court-to-court Protocols in Cross-border Bankruptcy Proceedings: Differing Approaches between Civil Law and Common Law Legal systems, [https://www.iiiglobal.org/sites/default/files/media/maltese\\_michele%20submission.pdf](https://www.iiiglobal.org/sites/default/files/media/maltese_michele%20submission.pdf).

Entre nosotros, A. ESPINIELLA, “Los protocolos concursales”, *Anuario de Derecho Concursal*, núm. 10, 2007, pp. 165-199.

<sup>63</sup> Algunos afectan también a sociedades europeas (véase la STJUE de 11 de julio de 2015, as. C-649/13, Nortel, cit.).

<sup>64</sup> United States Bankruptcy Court for the Southern District of New York (Hon. Tina L. Brozman), Case No. 91 B 15741, (January 15, 1992), see also Maxwell Communication Corp. v. Societe Generale (In re Maxwell Communications Corp.), 170 B.R.800 (Bankr. S.D.N.Y. 1994), *affd*, 186 B.R. 807 (S.D.N.Y. 1995), *af'd*, 93 F.3d 1036 (2nd Cir. 1996).

<sup>65</sup> High Court of Justice, Chancery Division, Companies Court, Case No. 0014001 of 1991, (December 31, 1991). See also Barclays Bank v. Homan (In re Maxwell Communication Corp.), [1992 BCC 757 (Eng. Ch. 1992), *aff'd*, [1992] BCC 757 (Eng. C.A. 1992).

<sup>66</sup> Los protocolos se analizan asimismo en la Guía Práctica sobre cooperación en Insolvencias transfronterizas de Uncitral, destinada a promover el uso de la Ley modelo on Cross Border Insolvency (UNCITRAL Model Law on Cross-Border Insolvency with Guide to Enactment and Interpretation <<http://www.uncitral.org/pdf/english/texts/insolven/1997-Model-Law-Insol-2013-Guide-Enactment-e.pdf>>, Preamble y UNCITRAL Practice Guide on Cross-Border Insolvency Cooperation (2009) <[http://www.uncitral.org/pdf/english/texts/insolven/Practice\\_Guide\\_Ebook\\_eng.pdf](http://www.uncitral.org/pdf/english/texts/insolven/Practice_Guide_Ebook_eng.pdf)>.

vantes<sup>67</sup>. La no inclusión de los institutos concursales en el ámbito de aplicación del RPI tenía como consecuencia que no existía una solución clara sobre la competencia de las autoridades para aprobar estos acuerdos ni sobre su reconocimiento, con la consiguiente merma de su eficacia<sup>68</sup>.

52. Para hacer frente a esas situaciones, el RPI bis amplió su ámbito de aplicación mediante la modificación de la definición de procedimiento de insolvencia recogida en el artículo 1, que ahora se extiende “a los procedimientos judiciales o administrativos colectivos, incluidos los procedimientos provisionales fundados en la legislación en materia de insolvencia o reestructuración de la deuda y en los que, a efectos de rescate, la reestructuración de la deuda, la reorganización o la liquidación, (i) se haya desapoderado al deudor total o parcialmente de sus bienes y se haya designado un síndico o (ii) los activos y negocios del deudor estén sometidos a control o supervisión judicial”, manteniéndose, además, el sistema de Anexos, que exige que los Estados miembros notifiquen a la Comisión aquellos de sus procedimientos que, entienden, deben incluirse en el ámbito de aplicación del Reglamento<sup>69</sup>.

53. No obstante, esta inclusión no ha venido acompañada de reglas destinadas a facilitar la aplicación de otros preceptos del RPI bis cuando no estamos ante procedimientos concursales abiertos, sino ante estos institutos. De manera muy evidente, los sistemas de cooperación entre procedimientos previstos en el RPI bis no se adecuan a los procedimientos (de insolvencia o de preinsolvencia) “híbridos”, es decir, aquellos en los que se mantiene la dirección existente. En el sistema del RPI bis el peso de la cooperación se hace recaer en los tribunales y los administradores concursales, y ahora también en los jueces, lo cual encaja mal en procedimientos en los que no se nombra un representante de los intereses de los acreedores, sino que es el concursado o sus administradores quien lleva a cabo las negociaciones, representando los intereses del deudor.

54. Tal vez la reciente aprobación de la Directiva sobre marcos de reestructuración preventiva permita sentar ciertas bases comunes en la Unión Europea a partir de las que aclarar el modelo de preinsolvencia del que queremos partir, lo que permitirá también abordar con un objetivo claro las soluciones de Derecho internacional privado<sup>70</sup>.

### 3. La eficacia de los *schemes of agreement* ingleses sobre sociedades cuyo COMI se sitúa fuera del Reino Unido tras el Brexit

55. La exclusión de los procedimientos de preinsolvencia del texto del RPI hacía, como se ha visto, que no existiera una solución clara sobre su eficacia extraterritorial y propició la discusión sobre el reconocimiento en la Unión europea de uno de esos institutos, los *schemes of arrangement* ingleses, cuando se aplicaban a sociedades cuyo COMI no se situaba en el Reino Unido<sup>71</sup>. La ampliación men-

<sup>67</sup> Heidelberg-Luxembourg-Vienna Report, en HESS/OBERHAMMER/PFEIFFER, *European...*, op. cit.

<sup>68</sup> Ello es así porque la exclusión de esos institutos concursales del texto europeo supone, entre otras cosas, que no pueden beneficiarse del sistema de reconocimiento automático previsto su artículo 16, según el que “*Toda resolución de apertura de un procedimiento de insolvencia, adoptada por el órgano jurisdiccional competente de un Estado miembro en virtud del artículo 3, será reconocida en todos los demás Estados miembros desde el momento en que la resolución produzca efectos en el Estado de apertura del procedimiento. [...]*”).

<sup>69</sup> España ha comunicado, para su inclusión en el Anexo A, junto al concurso, el procedimiento de homologación de acuerdos de refinanciación, el procedimiento de acuerdos extrajudiciales de pago y el procedimiento de negociación pública para la consecución de acuerdos de refinanciación colectivos, acuerdos de refinanciación homologados y propuestas anticipadas de convenio. Para una crítica sobre la adecuación de alguno de ellos a los requisitos de la definición general del RPI bis ver, F. GARCIMARTÍN, “El nuevo Reglamento europeo de insolvencia (II): ámbito de aplicación”, en <http://almacenederecho.org/el-nuevo-reglamento-europeo-de-insolvencia-ii-ambito-de-aplicacion/>.

<sup>70</sup> Directiva del Parlamento Europeo y del Consejo sobre marcos de reestructuración preventiva, exoneración de deudas e inhabilitaciones y sobre medidas para aumentar la eficiencia de los procedimientos de reestructuración, insolvencia y exoneración de deuda y por la que se modifica la Directiva (UE) 2017/1132 (Directiva sobre reestructuración e insolvencia), 2016/0359 (COD).

<sup>71</sup> Sobre esta cuestión: F. GARCIMARTÍN, “La eficacia en España de los *schemes of arrangement* ingleses”, *Revista de Derecho Concursal y Paraconcursal*, 2010, nº 13, pp. 383-398; en contra: A. CARRASCO/E. TORRALBA, “*Schemes of arrangement* ingleses para sociedades españolas: una crítica”, *Revista de derecho concursal y paraconcursal*, 2011, nº14, pp. 349-362.

cionada de los procedimientos a los que se extiende el RBlbis no vino a solucionar esta polémica puesto que el Reino Unido decidió excluirlos de su ámbito de aplicación<sup>72</sup>. En ese contexto, la perspectiva de un Brexit sin acuerdo sigue colocando a los *schemes* en el punto de mira y obliga a realizar un análisis parcialmente distinto de la situación<sup>73</sup>.

**56.** El punto de partida de la argumentación se sitúa en la calificación que haya que dar a los *schemes*, puesto que de la que se les atribuya derivan consecuencias distintas para su reconocimiento. Frente a quienes afirman su carácter contractual, resulta una postura más adecuada una calificación concursal.

**57.** Esta afirmación viene justificada por las especiales características de los *schemes, of arrangement*, o mejor, de los tipos de *schemes* que aquí nos ocupan. Esta figura se regula en los 895 a 900 de la *Companies Act* británica regulan como un mecanismo dotado de la flexibilidad característica de las instituciones de Derecho anglosajón, que permite, entre otros fines, conseguir un ajuste colectivo por el que, a instancia de los administradores sociales, de los acreedores o de los socios, se reordene el pasivo o el activo de la sociedad, mediante una modificación estructural, una novación de sus deudas, una cesión de su activo y su pasivo a un tercero o de otro modo<sup>74</sup>. En atención a la solicitud, el juez acuerda la celebración de una junta de acreedores o de la clase de acreedores o de los socios y, si en ella se obtiene el voto favorable de los interesados, sanciona el compromiso, siempre que considere que es justo y razonable. Una vez acordado, el acuerdo vincula a todos los acreedores de la clase concernida, incluso a los que no consintieron individualmente.

**58.** Como se ha señalado, se trata de un mecanismo que responde a distintas necesidades y que permite alcanzar finalidades por completo desvinculadas de situaciones concursales, pero en un buen número de casos, aquellos que aquí nos ocupan, pretenden reestructurar el activo o el pasivo de un determinado deudor para evitar que incurra en una situación que exija la declaración de insolvencia. La flexibilidad del mecanismo y la rapidez y eficacia en su aplicación por parte de los jueces británicos hizo que se convirtieran en un instrumento atractivo también para sociedades no inglesas, especialmente en el reciente período de crisis económica y en un momento en que muchos de los Estados miembros de la Unión Europea todavía no disponían de institutos preconcursales, aunque han seguido suscitando interés incluso una vez adoptados éstos<sup>75</sup>.

**59.** Los *schemes* permiten la reestructuración de la deuda de una sociedad, mediante la imposición de un acuerdo con la mayoría también a los acreedores disidentes pertenecientes a la misma clase, antes de que esta deba ser declarada insolvente y prestar una atención temprana a las dificultades de la empresa, lo cual es especialmente relevante en escenarios de “rescate”<sup>76</sup>. De hecho la doctrina inglesa anterior a la entrada en vigor del RPI bis, pese a considerar que los *schemes* no eran formalmente procedimientos de insolvencia, no dejaba de destacar la posibilidad de que su adopción respecto de sociedades extranjeras viniera condicionada por los límites en la atribución de competencia a sus jueces nacionales establecidos por el texto europeo<sup>77</sup>. Con independencia de las posibles argumentaciones al

<sup>72</sup> Como había avanzado parte de la doctrina inglesa no existía para el Reino Unido ningún incentivo para incluir los *schemes* en el Anexo, puesto que eso limitaría la posibilidad de usarlos en el caso de sociedades cuyo entorno de intereses principales no se encontrara en ese Estado (J. PAYNE., *Schemes of arrangement*, Cambridge University Press, 2014, espec. pp. 293-294).

<sup>73</sup> Para una visión general del impacto del Brexit sobre el régimen de las insolvencias transfronterizas en la UE, ver L. CARBALLO, “La insolvencia transfronteriza en la Unión Europea y el Reino Unido tras el Brexit”, *Revista de Derecho Concursal y Paraconcursal*, núm. 27, 2017, pp. 493-511; A. ESPINIELLA, “Brexit e insolvencia transfronteriza”, *Anuario Español de Derecho Internacional Privado*, nº 17, 2017, pp. 91-123.

<sup>74</sup> Sobre esta figura, *Tolley’s Company Law Handbook*, Lexis Nexis, 16ª ed., Londres, 2008, espec. pp. 1120-1124.

<sup>75</sup> Es el caso de sociedades españolas, la primera de ellas La Seda de Barcelona, que se acogieron a este mecanismo. En el caso de la Seda el juez británico aprobó un *scheme* consensuado por la mayoría, pero no todos, de los acreedores de un crédito sindicado sometido a ley inglesa.

<sup>76</sup> J. PAYNE, *Schemes of arrangement*, cit., espec. pp. 175 y ss

<sup>77</sup> Ello es así porque, de acuerdo con el Derecho inglés, el juez inglés es competente para homologar un *scheme* si éste se refiere a una sociedad que pudiera ser disuelta en Inglaterra de acuerdo con lo previsto en la *Insolvency’s Act*. A partir de ahí se discute si esta última debe adaptarse a estos efectos y en lo que se refiere a la competencia a lo previsto en el RPI o si la res-



respecto, lo que la discusión pone en evidencia es la vinculación con la insolvencia de al menos un buen número de *schemes*.

**60.** Frente a la postura anterior, no falta quien defiende el carácter no concursal de los *schemes*<sup>78</sup>, con la consecuencia de que no puede impedirse su reconocimiento en otros Estados miembros de la UE, si bien pueden plantearse no pocas dudas sobre el sistema por el que puede llevarse a cabo aquél: si por los textos de alcance general, que en el caso español y en un escenario post Brexit sería la Ley de Cooperación Jurídica Internacional en materia civil<sup>79</sup> mediante un reconocimiento conflictual o, incluso, sin necesidad de reconocimiento, por considerar que su calificación es estrictamente contractual.

**61.** Partiendo de las premisas anteriores, en un escenario post Brexit, y sin perjuicio de que la solución última de la cuestión depende de los acuerdos que llegaran a adoptarse, en una situación de “no acuerdo” no podría plantearse la aplicación del Reglamento Bruselas I bis, por otra parte dudosamente defendible, dada la exclusión de su ámbito de aplicación de “la quiebra, los convenios entre quebrados y acreedores y demás procedimientos análogos”. Tampoco resulta, desde mi punto de vista, posible “resucitar” el antiguo Convenio de Bruselas, de 1968, cuya razón de ser estribaba precisamente en que todas sus partes eran Estados miembros de la entonces Comunidad Económica Europea<sup>80</sup> y otras soluciones, como la aplicación del Convenio de Lugano, se enfrentan, además de a su ámbito material limitado en el mismo sentido que el Reglamento Bruselas I bis, a que exigiría su ratificación por el Reino Unido y la asunción por su parte de una serie de compromisos colaterales.

**62.** En esas circunstancias, desde la perspectiva española, y sin perjuicio de la posibilidad de otras soluciones de *lege ferenda*, las vías de eficacia habría que buscarlas en la legislación autónoma, y, dada la calificación concursal aquí atribuida a la institución, en la Ley Concursal. Además de otras consideraciones posibles de carácter procesal, la tercera de las condiciones previstas en su artículo 220 supone un obstáculo sustancial a la eficacia de esta institución: solo si el juez inglés que homologa el *scheme* ha asumido su competencia sobre la base de ser el del COMI del deudor o el del Estado donde este tiene un establecimiento (y en este segundo caso con el alcance limitado de su competencia) o en una conexión razonable de naturaleza equivalente podrá ser reconocido. La cuestión estriba en definir que es una conexión razonable de naturaleza equivalente, pero no parece que muchas de las circunstancias que los jueces ingleses utilizan para asumir su competencia en relación con los *scheme* respontan a este criterio.

**63.** Sin perjuicio de la necesidad de interpretar esos conceptos, una conexión basada únicamente en la residencia en el Reino Unido de los acreedores con los que se pacta, o en la ley aplicable a sus contratos, no debería considerarse “de naturaleza equivalente” y debería conducir a la negación de eficacia en España de los *schemes* adoptados sobre sociedades españolas.

**64.** Pero ese es solo un lado de la moneda: no se trata solo de que los *schemes* no deberían ser reconocidos en España cuando afectan a sociedades cuyo COMI se sitúe en nuestro país, sino que, a la inversa, y dado que presumiblemente en el Reino Unido se va a seguir considerando la posibilidad de acordar *schemes* que afecten a sociedades cuya deuda esté sujeta a Derecho inglés, con independencia de la ubicación de su COMI, la posibilidad de que cualquier reestructuración de esa deuda llevada a cabo en España se oponga al *scheme* acordado en Inglaterra ante los tribunales de aquél país no parece tener visos de prosperar, generándose con ello una situación si cabe más complicada que la actual.

---

puesta es negativa. No obstante, en los casos más recientes, se está discutiendo también esta posibilidad; véase, por ejemplo, el planteamiento en el asunto Indah Kiat, no resuelto aún en el momento en que se escribe este trabajo, <http://www.bailii.org/cgi-bin/markup.cgi?doc=/ew/cases/EWHC/Ch/2016/246.html&query=APPIO&method=boolean>, (menú uk.practicalcallaw; Bristish and Irish Legal Information Institute)

<sup>78</sup> F. GARCIMARTÍN, “El nuevo Reglamento...”, op.cit.

<sup>79</sup> Ley 29/2015, de 30 de julio (BOE de 31 de julio de 2015. n° 182. pp.65906-65942).

<sup>80</sup> Recuérdese que la base para su adopción fue el artículo 220 del TCEE según el que “Los Estados miembros entablarán, en tanto sea necesario, negociaciones entre sí, a fin de asegurar en favor de sus nacionales: [...] la simplificación de las formalidades a que están sometidos el reconocimiento y la ejecución recíprocos de las decisiones judiciales y de los laudos arbitrales”.

#### IV. Conclusiones

65. La jurisprudencia del TJUE ha venido en los últimos tiempos a aclarar algunas cuestiones relevantes respecto de la aplicación del RPI (extensibles al RPIbis). Además de mantener su línea jurisprudencial ya sostenida acerca de los criterios para la calificación concursal o no concursal de una acción, el TJUE se ha pronunciado por primera vez sobre el alcance de la competencia del juez del concurso sobre las acciones que deriven directamente del procedimiento de insolvencia y guarden una estrecha vinculación con él, afirmando su carácter exclusivo.

66. Las consecuencias de esta caracterización de la competencia no siempre van a redundar en un mejor o más eficaz desarrollo del procedimiento y deben ser puestas en relación con la afirmación del artículo 6 del RPIbis de que cuando tales acciones sean conexas con otra en materia civil y mercantil interpuesta contra el mismo demandado, el administrador concursal podrá plantear ambas ante los órganos jurisdiccionales del Estado miembro en cuyo territorio esté domiciliado el demandado o, si son varios, del Estado miembro en que esté domiciliado uno de ellos, de acuerdo con las normas del Reglamento Bruselas I bis.

67. Junto a ello, el TJUE se ha ocupado de la aplicación de las disposiciones de Derecho aplicable y, en concreto, de la comprensión del artículo 13 del RPI (16 del RPI bis) sobre los actos perjudiciales para los intereses de los acreedores y 15 del RPI (18 del RPI bis) sobre los efectos del procedimiento de insolvencia sobre procesos en curso, contribuyendo a dotar de una cada vez mayor claridad a estas reglas.

68. Además, el Derecho de las insolvencias internacionales sigue estando sujeto a evolución y enfrentándose a nuevos retos. Si bien el RPIbis vino a hacer frente a algunas de las deficiencias del texto anterior, quedan todavía aspectos a desarrollar y nuevos problemas a los que hacer frente.

69. Desde esta perspectiva, sigue estando pendiente la necesidad de incentivar la cooperación entre procedimientos concursales abiertos en distintos Estados, ya vengan referidos al mismo deudor, ya afecten a deudores distintos integrados en el mismo grupo. El problema en este ámbito no es la ausencia de regulación, sino, junto con la complejidad de la cooperación y el coste de la misma, la coexistencia en la Unión Europea de distintas culturas jurídicas. Las diferencias de aproximación respecto de la función de los tribunales, del carácter dispositivo de algunas reglas, o la predisposición a la aplicación de mecanismos flexibilizadores en un sector como el de la insolvencia son obstáculos fundamentales a la eficacia de los mecanismos actualmente vigentes. Son también estos los obstáculos a los que se puede enfrentar el uso de los protocolos concursales, que se han probado eficaces en no pocas situaciones y respecto de los que existe una práctica ya bastante extendida fuera de la Unión Europea, con algunos ejemplos también dentro de ésta.

70. En relación con esas cuestiones, y aunque no se trate exactamente de un mecanismo de cooperación entre procedimientos, sino de un intento de impedir en ciertos casos la apertura de los procedimientos territoriales, la regulación de los procedimientos “sintéticos” en el RPIbis parece de muy dudosa utilidad en los sistemas continentales, en gran medida por los obstáculos expuestos en el párrafo anterior, y es susceptible de generar costes indeseados si pretende aplicarse fuera de situaciones en las que el número de acreedores es muy reducido.

71. Junto a ello, la eficacia de los *schemes of arrangement* ingleses en un escenario post Brexit, especialmente si llega, como parece cada vez más probable, sin acuerdo, sigue siendo una cuestión debatida. En línea con ello, la necesidad de cooperación en situaciones de preinsolvencia y de una atención mayor a estos procedimientos sigue vigente. La reciente adopción de la Directiva sobre marcos de reestructuración preventiva y la armonización que se producirá a consecuencia de ella debería contribuir a aclarar la lógica europea que impera respecto de estos mecanismos y proyectarse sobre su eficacia en el ámbito internacional.

VARIA

SUMISIÓN DE LAS PARTES A LOS TRIBUNALES BELGAS  
EN EL MARCO DE UN CONTRATO INTERNACIONAL  
DE AGENCIA COMERCIAL: COMENTARIO A LA SENTENCIA  
DE LA AUDIENCIA PROVINCIAL DE BARCELONA  
(SECCIÓN 1ª) DE 21 DE DICIEMBRE DE 2018

SUBMISSION OF THE PARTS TO THE BELGIEN TRIBUNALS  
ABOUT THE INTERNATIONAL AGENCY AGREEMENTS:  
COMMENTS ABOUT THE JUDGEMENT ISSUED BY THE  
AUDIENCIA PROVINCIAL DE BARCELONA ON  
21 DECEMBER 2018

HILDA AGUILAR GRIEDER

*Profesora Titular de Derecho internacional privado  
Universidad de Huelva*

ORCID ID: 0000-0002-3138-8904

Recibido: 17.06.2019 / Aceptado: 05.07.2019

DOI: <https://doi.org/10.20318/cdt.2019.4966>

**Resumen:** El presente estudio analiza un problema frecuente de competencia judicial internacional que se plantea en el marco de los contratos internacionales de agencia comercial.

**Palabras clave:** Unión Europea, Derecho Internacional Privado, competencia judicial internacional, sumisión expresa, contratos internacionales de agencia comercial.

**Abstract:** This study analyses an international jurisdiction problem which arises frequently in the frame of international agency agreements.

**Keywords:** European Union, Private International Law, international jurisdiction, jurisdiction clauses, international agency agreements.

**Sumario:** I. Consideraciones introductorias. II. Antecedentes de hecho. III. Eficacia de las cláusulas de elección de foro a favor de Tribunales de Estados miembros de la Unión Europea en el marco de los contratos internacionales de agencia comercial. 1. Marco normativo. 2. Jerarquización de los foros de competencia judicial internacional en el seno del Reglamento “Bruselas I”/“Bruselas I bis”. 3. Alcance de la Disposición Adicional de la Ley 12/1992, de 27 de mayo, sobre el contrato de agencia.

## I. Consideraciones introductorias

1. La sentencia de la Audiencia Provincial de Barcelona (Sección 1ª) de 21 de diciembre de 2018 (sentencia núm. 717/2018)<sup>1</sup>, objeto de comentario en el presente estudio, trae causa del recurso de apelación interpuesto contra la sentencia dictada, el 5 de mayo de 2016, por el Juzgado de Primera Instancia

<sup>1</sup> JUR/2019/15121.

nº 22 de Barcelona. Desde el punto de vista del Derecho internacional privado, en ambas sentencias se plantea fundamentalmente un problema de competencia judicial internacional<sup>2</sup>, que tanto la sentencia del Juzgado de Primera Instancia de Barcelona, como la sentencia de la Audiencia Provincial de Barcelona, resuelven del mismo modo.

2. En concreto, detrás de la problemática planteada por las mentadas sentencias de Barcelona subyace el alcance de las cláusulas de elección de foro, a favor de Tribunales de Estados miembros de la Unión Europea, en los litigios planteados ante los Tribunales españoles, entre las dos partes de un contrato internacional de agencia comercial, esto es, entre el principal y el agente comercial. Esta cuestión está íntimamente relacionada con la relativa a la naturaleza y el alcance de la controvertida Disposición Adicional de la Ley 12/1992, de 27 de mayo, sobre el contrato de agencia<sup>3</sup>. Por virtud de dicha Disposición Adicional, 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”.

## II. Antecedentes de hecho

3. La sentencia objeto de comentario versa sobre un contrato de agencia comercial (denominado como “contrato de servicios”) suscrito, el 25 de julio de 2012, entre dos sociedades domiciliadas en distintos Estados miembros de la Unión Europea: en España, el agente comercial y, en Bélgica, el principal.

4. La entidad Transacciones Alimentarias Europeas (en lo sucesivo, TAE), que actúa en el contrato como agente comercial (tal como reconoce la Audiencia Provincial de Barcelona, a dicha entidad le encomendaron por contrato desarrollar las funciones propias de un agente comercial), interpone una demanda ante los Tribunales españoles (Juzgado de Primera Instancia/Sección 1ª de la Audiencia Provincial de Barcelona), contra la sociedad NV Gourmand (principal), por virtud de la cual solicita una indemnización por clientela, así como el pago de determinadas facturas que quedaban pendientes de abonar (junto con los intereses legales y las costas procesales).

5. El contrato de agencia comercial era de duración indefinida y de naturaleza exclusiva. Por virtud del referido contrato de agencia, el principal pretendía incrementar su clientela en España y Portugal, siendo éste, por tanto, el mercado afectado. El objeto del contrato consistía en que la entidad TAE, además de proporcionar determinados servicios administrativos, promocionase en España la marca de la sociedad NV Gourmand y ampliase su cartera de clientes, que hasta el momento de formalizar el contrato sólo constaba de cuatro sociedades (tres en España y una en Portugal), promoviendo y potenciando las ventas de NV Gourmand, en los susodichos países, siguiendo las instrucciones del principal.

6. Como viene siendo habitual en la práctica, por medio de una comunicación, que tuvo lugar el 19 de mayo de 2014, el principal resolvió unilateralmente el contrato de prestación de servicios, esto es, el contrato de agencia existente entre ambas entidades; alegando no haber cumplido el agente, en relación con el mercado español, con los objetivos marcados, ya que el nivel de ventas en España había sido inferior al inicialmente previsto. En la inmensa mayoría de las ocasiones, en esta categoría contractual, la litigiosidad entre el principal y el agente comercial tiene lugar tras la terminación del contrato; momento en el cual el agente comercial (que suele ser el demandante en prácticamente todos los su-

---

<sup>2</sup> En relación con la problemática de Derecho aplicable planteada, en el seno de los contratos internacionales de agencia comercial (la cual no ha sido objeto de debate en las sentencias a las que nos acabamos de referir), *vid.*, por todos, H. AGUILAR GRIEDER, “El impacto del Reglamento ‘Roma I’ en el contrato internacional de agencia”, *Cuadernos de Derecho Transnacional*, 2011, vol. 3, núm. 1, pp. 24-46; *id.*, *La protección del agente en el Derecho comercial europeo*, Colección “El Derecho de la globalización”, núm. 14, Colex, Madrid, 2007.

<sup>3</sup> *BOE*, de 29 de mayo de 1992, núm. 129.

puestos y la parte más debilitada de la relación contractual) interpone una demanda, contra el principal, solicitándole una indemnización por clientela por los gastos en los cuales ha tenido que incurrir para llevar a cabo su cometido.

7. La parte demandada, esto es, el principal, formuló declinatoria por falta de jurisdicción y de competencia territorial, con suspensión del plazo de contestación a la demanda. La parte actora, es decir, el agente comercial, se opuso a la declinatoria formulada por la demandada. Cabe destacar que el Ministerio Fiscal informó en el sentido de estimar la falta de jurisdicción y de competencia territorial del Juzgado.

El Juzgado de Primera Instancia núm. 22 de Barcelona, por auto dictado el 19 de diciembre de 2014, acordó desestimar la declinatoria presentada por la sociedad NV Gourmand (principal); por lo que dicha sociedad formuló un recurso de reposición contra el referido auto, que fue asimismo desestimado.

8. La sociedad NV Gourmand (principal) se opuso a la demanda formulada por TAE (agente comercial), alegando, básicamente, que no procedía indemnización alguna por clientela y que no se adeudaban ninguna de las facturas reclamadas. La sentencia dictada en primera instancia, que calificó al contrato suscrito entre las partes como de agencia, estimó parcialmente la demanda formulada por TAE, desestimando la indemnización por clientela y estimando parcialmente la reclamación relativa a determinadas facturas.

Frente a dicha resolución, la parte actora (TAE) formuló un recurso de apelación (alegando, fundamentalmente, error en la valoración de ciertas pruebas [sobre el incremento de clientela, ciertas facturas, etc.]), ante la Sección 1ª de la Audiencia Provincial de Barcelona (cuya sentencia es objeto del presente comentario). La parte demandada (NV Gourmand) se opuso al recurso de apelación formulado por TAE, a la par que impugnó la sentencia dictada alegando, muy especialmente, la falta de jurisdicción y de competencia de los Tribunales españoles, para conocer del litigio, al existir una cláusula de sumisión expresa a los Tribunales y a la normativa belga; cuestión ésta que es objeto del presente comentario. La parte actora formuló oposición a la referida impugnación.

9. En relación con la cuestión debatida en el presente estudio, es preciso tener en cuenta que el contrato internacional de agencia, objeto de la sentencia, contenía en su seno, además de una cláusula de elección de ley a favor de la legislación belga, una cláusula de elección de foro a favor de los Tribunales belgas (de Kortrijk): el “presente contrato se regirá por las leyes de Bélgica y se interpretará con sujeción a las mismas. Las partes acuerdan y se someten con carácter irrevocable a la jurisdicción exclusiva de los juzgados y tribunales de Kortrijk en relación con cualquier acción, demanda o cualquier otro procedimiento relativo a la validez, interpretación, ámbito de aplicación, contenido, ejecución o resolución del presente contrato”. Dicha cláusula, muy habitual en la práctica internacional, figuraba bajo la rúbrica “Ley aplicable y jurisdicción competente”.

10. El Juzgado de Primera Instancia núm. 22 de Barcelona desestimó la declinatoria de jurisdicción planteada, por la que se hacía valer la referida cláusula de elección de foro contenida en el contrato de agencia, por considerar de aplicación la polémica Disposición Adicional, de la ya citada Ley 12/1992 sobre el contrato de agencia, anteriormente transcrita; añadiendo referencias sobre la nulidad de aquellas cláusulas contractuales en las relaciones jurídicas en que se presume un desequilibrio entre las partes. La Sección 1ª de la Audiencia Provincial de Barcelona señala, con base fundamentalmente en la susodicha Disposición Adicional de la Ley española de agencia, que la conclusión alcanzada, en primera instancia, “sobre la jurisdicción de los Tribunales españoles se estima acorde y ajustada a derecho”.

En el siguiente apartado nos proponemos analizar si la argumentación utilizada por la Sección 1ª de la Audiencia Provincial de Barcelona, en la sentencia de 21 de diciembre de 2018, fue o no la correcta en lo que atañe al referido problema planteado en materia de competencia judicial internacional.

### III. Eficacia de las cláusulas de elección de foro a favor de Tribunales de Estados miembros de la Unión Europea en el marco de los contratos internacionales de agencia comercial

#### 1. Marco normativo

11. En relación con los contratos internacionales de agencia comercial, se vislumbra una acen tuada concurrencia normativa, ya que es uno de los sectores de la contratación en los que se produce una concurrencia entre los Reglamentos europeos de Derecho internacional privado que regulan los contratos internacionales (tanto en sede de Derecho aplicable como en la esfera del Derecho procesal civil internacional) y una Directiva europea sectorial. En este contexto, es preciso distinguir, pues, un marco normativo general y uno específico.

12. En lo que atañe a la problemática relativa a la competencia judicial internacional, el marco normativo general está formado, en la actualidad, por 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 (en lo sucesivo, el Reglamento “Bruselas I bis”)<sup>4</sup>. Dicho Reglamento sustituye al 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, el Reglamento “Bruselas I”)<sup>5</sup>.

Tal como pone de manifiesto la sentencia de la Audiencia Provincial de Barcelona, de 21 de diciembre de 2018, el supuesto de hecho planteado en el caso de autos entra dentro del ámbito de aplicación temporal del Reglamento “Bruselas I”, y no del Reglamento “Bruselas I bis” (que es el actualmente vigente), ya que la demanda se presentó, ante el Juzgado de Primera Instancia núm. 22 de Barcelona, con anterioridad al 10 de enero del año 2015. Dicha afirmación de la Audiencia Provincial es correcta, ya que el supuesto planteado entra dentro del ámbito de aplicación material, temporal y espacial del Reglamento “Bruselas I”. Si la demanda llega a ser posterior al 10 de enero de 2015, hubiese resultado aplicable el Reglamento “Bruselas I bis”, conforme al cual se resuelve del mismo modo la problemática de competencia judicial internacional objeto del presente comentario.

13. El marco normativo específico, en la categoría contractual objeto de análisis, está formado por la Directiva 86/653/CEE del Consejo, de 18 de diciembre de 1986, relativa a la coordinación de los derechos de los Estados miembros en lo referente a los agentes comerciales independientes<sup>6</sup> (en lo sucesivo, Directiva de agencia). Dicha Directiva, que es considerada como una Directiva de mínimos y que regula la relación jurídica existente entre el principal y el agente comercial, ha sido objeto de transposición a todos los ordenamientos jurídicos internos de los Estados miembros de la Unión Europea. De los Considerandos de la mencionada Directiva se desprende que la misma persigue una doble finalidad: por un lado, la protección del mercado interior y, por otro lado, la protección del agente comercial en tanto que parte débil de la relación litigiosa. Dicha finalidad tuitiva subyace igualmente, por consiguiente, detrás de todas las Leyes nacionales de transposición de la misma, es decir, detrás de todas las Leyes de agencia de los Estados miembros de la Unión Europea. La transposición de la Directiva de agencia, al ordenamiento jurídico español, se llevó a cabo por la anteriormente mentada Ley 12/1992 sobre el contrato de agencia.

14. La aplicación de la Directiva de agencia al supuesto de autos no plantea ninguna duda, ya que, aunque la misma guarda silencio sobre su ámbito de aplicación espacial, el agente comercial realiza su actividad profesional en el mercado de la Unión Europea (en concreto, en España y Portugal), por lo que se cumple el criterio consagrado por la controvertida sentencia del TJCE de 9 de noviembre de 2000

<sup>4</sup> *DOUE*, de 20 de diciembre de 2012, núm. L 351; modificado por el Reglamento 542/2014: *DOUE*, de 29 de mayo de 2014, núm. L 163.

<sup>5</sup> *DOCE*, de 16 de enero de 2001, núm. L 12.

<sup>6</sup> *DOCE*, de 31 de diciembre de 1986, núm. L 382.

(asunto *Ingmar*)<sup>7</sup>. Ello implica que se apliquen las disposiciones imperativas (tanto las expresa como las implícitamente imperativas) de la Directiva de agencia, tal como hayan sido transpuestas por los ordenamientos jurídicos internos de los Estados miembros de la Unión Europea. La aplicación de las susodichas disposiciones imperativas constituye una salvaguarda del respeto de un nivel de protección mínimo, del agente comercial, cuando el mercado afectado sea el territorio de la Unión Europea, como es el caso.

15. La Audiencia Provincial de Barcelona, en su sentencia de 21 de diciembre de 2018, expone correctamente el marco normativo aplicable al supuesto de autos, tanto el general como el específico. A mi modo de ver, en lo que no acierta la Audiencia Provincial es en la interpretación y aplicación de la normativa vigente, tal como vamos a pasar a exponer a continuación, lo cual acarrea que el resultado alcanzado, en la problemática relativa a la competencia judicial internacional, sea incorrecto.

## **2. Jerarquización de los foros de competencia judicial internacional en el seno del Reglamento “Bruselas I”/“Bruselas I bis”**

16. De hecho, la Audiencia Provincial no tiene en cuenta la jerarquización de los foros de competencia judicial internacional, que caracteriza tanto al Reglamento “Bruselas I” (el aplicable al supuesto de autos) como al Reglamento “Bruselas I bis” (el actualmente vigente). Ello es clave para aplicar correctamente los susodichos Reglamentos. Como es sabido, ambos Reglamentos europeos, de Derecho procesal civil internacional, contienen una estructura jerarquizada de los foros de competencia judicial internacional que consagran: competencias exclusivas (primer nivel de jerarquía), sumisión tácita (segundo rango jerárquico), sumisión expresa (tercer nivel de jerarquía) y, en el último rango o escalón jerárquico (lo cual implica que, en defecto de los foros anteriores, el actor pueda elegir entre uno u otro), concurre tanto el foro del domicilio del demandado como los foros especiales por razón de la materia (en nuestro caso, el foro especial en materia contractual [que es el aplicable a la generalidad de los contratos internacionales, esto es, a todas las categorías contractuales que no quedan sometidas al régimen especial de competencia judicial internacional])<sup>8</sup>.

17. Dicha jerarquización de foros no ha sido tenida en cuenta por la Sección 1ª de la Audiencia Provincial de Barcelona en la sentencia objeto de comentario, la cual mezcla los foros de competencia judicial internacional del Reglamento “Bruselas I” como si estuviesen situados al mismo nivel, esto es, en el mismo plano jerárquico. De hecho, la sentencia alude tanto al foro de la sumisión expresa (que recordemos que juega a favor de los Tribunales belgas), como al foro del domicilio del demandado, esto es, del principal (el cual, como anteriormente pusimos de manifiesto, también se encuentra en Bélgica), como si se encontrasen situados en el mismo nivel de jerarquía, cuando ello es claramente erróneo. Ello pone de manifiesto una confusión, de la Audiencia Provincial, en cuanto al funcionamiento de los foros de competencia judicial internacional del Reglamento “Bruselas I” se refiere. Sorprende que con este nivel de confusión, la Audiencia no haya hecho alusión al foro especial en materia contractual del art. 5.1b) del Reglamento “Bruselas I”, ya que, de los datos del supuesto de autos parece desprenderse que la actividad principal del agente comercial se llevaba a cabo en el mercado español.

## **3. Alcance de la Disposición Adicional de la Ley 12/1992, de 27 de mayo, sobre el contrato de agencia**

18. Pese a que la Sección 1ª de la Audiencia Provincial de Barcelona reconoce, en la sentencia comentada, que conforme a ambos foros de competencia judicial internacional del Reglamento “Bruselas I” debería de declararse la competencia de los Tribunales belgas; expone, a continuación, que, “no obstante, concurren otros elementos de juicio a considerar que nos llevarán finalmente a concluir que debe mantenerse la jurisdicción de los tribunales españoles”.

<sup>7</sup> Asunto C-381/98.

<sup>8</sup> Por lo que a dicha estructura jerarquizada se refiere, *vid.*, por todos, H. AGUILAR GRIEDER, *Pilares fundamentales del Derecho internacional privado europeo*, Servicio de Publicaciones de la Universidad de Huelva, núm. 166, 2018, pp. 73-97.



En concreto, la sentencia de 21 de diciembre de 2018 considera que, teniendo en cuenta la imperatividad de los preceptos de la Ley 12/1992 sobre el contrato de agencia (salvo expresa previsión en contrario), conforme a la Disposición Adicional de dicha Ley (la Audiencia señala que hay que considerar indisponible la regla de competencia que la misma establece), son competentes para conocer del litigio planteado, no los Tribunales belgas, como se deriva de la aplicación al supuesto de autos del art. 23 del Reglamento “Bruselas I” (que constituye el antecedente directo del art. 25 del Reglamento “Bruselas I bis” [que recordemos que no es el aplicable al supuesto enjuiciado]), sino los Tribunales españoles. Esta afirmación precisa examinar la naturaleza y el alcance de la referida Disposición Adicional de la Ley española sobre el contrato de agencia, la cual, como anteriormente pusimos de manifiesto, otorga competencia, para solventar los litigios derivados de dicha categoría contractual, al “Juez del domicilio del agente, siendo nulo cualquier pacto en contrario”.

En suma, la Ley española sobre el contrato de agencia prevé, en su Disposición Adicional, un foro de competencia imperativo especial para esta concreta categoría contractual (el foro del lugar del domicilio del agente comercial), tendente a facilitar al agente el acceso a la jurisdicción, cuyo concreto alcance es necesario delimitar, ya que de ello va a depender la validez o no de las cláusulas de elección de foro en los litigios internacionales entre principal y agente comercial. En relación con la referida Disposición adicional, para resolver el supuesto de autos, es necesario precisar si la regla de competencia prevista por la Disposición Adicional de la legislación española de agencia es una norma de competencia judicial internacional de origen comunitario (europeo), una norma de competencia judicial internacional de producción interna o una mera norma de competencia territorial interna.

**19.** La cuestión debatida va a depender, pues, de si la norma de competencia que establece la polémica Disposición Adicional, de la Ley 12/1992, es o no una norma de competencia judicial internacional de origen comunitario (europeo). En relación con esta cuestión, es preciso tener presente que la Directiva de agencia únicamente contiene normas materiales (expresamente imperativas, implícitamente imperativas y dispositivas), pero carece de normas de Derecho internacional privado, ni de Derecho aplicable (la misma es tan parca que incluso guarda silencio sobre su ámbito de aplicación espacial<sup>9</sup>), ni de competencia judicial internacional.

Tampoco existe ningún indicio que haga pensar que la Directiva de agencia de 1986 contenga una norma implícita de competencia judicial internacional. Pero, además, en el supuesto en que la contuviese, ésta no tendría nada que ver con el tenor de la Disposición Adicional de la legislación española de agencia, sino que lo que previsiblemente haría sería impedir que el nivel de protección mínimo en favor del agente comercial, impuesto por las disposiciones imperativas de la Directiva de agencia, pudiera defraudarse, de un modo indirecto, por la vía de las cláusulas de elección de foro.

Por lo tanto, la norma de competencia, de la señalada Disposición Adicional de la Ley 12/1992, representa una novedad que excede del contenido de la Directiva de agencia y que implica una aportación propia (como norma exclusiva de Derecho interno) que carece de virtualidad para ser aplicada a través del art. 67 del Reglamento “Bruselas I”/Reglamento “Bruselas I bis”.

En suma, tal como ha señalado la jurisprudencia española (entre ellas, la relevante sentencia de la Audiencia Provincial de Santa Cruz de Tenerife [Sección 1ª] de 10 de septiembre de 2001<sup>10</sup>, así como la sentencia de la Audiencia Provincial de Castellón [Sección 1ª] de 10 de febrero de 2003<sup>11</sup>), la norma contenida en la referida Disposición Adicional no es una norma de competencia judicial internacional de origen comunitario (europeo), por lo que no tiene cabida dentro del art. 67 del Reglamento “Bruselas I”<sup>12</sup>

<sup>9</sup> Ello no sintoniza con la generalidad de las Directivas europeas sectoriales, las cuales suelen manifestarse por lo que a esta cuestión se refiere.

<sup>10</sup> *Aranzadi Civil*, 2002, núm. 356; *REDI*, 2002, vol. LIV, núm. 1, pp. 378-381.

<sup>11</sup> *Aranzadi Civil*, 2003, núm. 354.

<sup>12</sup> Por virtud del art. 67 del Reglamento “Bruselas I”, que es el aplicable al supuesto de autos debido a la fecha de la presentación de la demanda ante el Juzgado de Primera Instancia núm. 22 de Barcelona (anterior al 10 de enero de 2015), el señalado Reglamento “no prejuzgará la aplicación de las disposiciones que, en materias particulares, regulen la competencia judicial, (...), contenidas en los actos comunitarios o en las legislaciones nacionales armonizadas en ejecución de dichos actos”, esto es, en las legislaciones nacionales, de transposición de las Directivas europeas sectoriales, elaboradas por los Estados miembros de la Unión Europea. Por lo tanto, al igual que acontece con otros Reglamentos europeos de Derecho internacional privado,

(cuyo contenido coincide con el del art. 67 del Reglamento “Bruselas I bis”). De este modo, la norma de competencia, consagrada por la Disposición Adicional de la Ley 12/1992, queda fuera del alcance del principio de primacía del Derecho comunitario (esto es, del Derecho de la Unión Europea) y, por consiguiente, no prima sobre la norma contenida en el art. 23 del Reglamento “Bruselas I”, conforme a la cual la competencia judicial internacional corresponde, en el supuesto de autos, a los Tribunales belgas.

**20.** Por otro lado, tal como ha recalcado la jurisprudencia española anteriormente citada, con base en un argumento sistemático, la norma de competencia contenida en la señalada Disposición Adicional tampoco es una norma de competencia judicial internacional de producción interna, es decir, del sistema autónomo español (el cual, como conocemos, tiene carácter subsidiario, lo cual implica que únicamente pueda entrar en juego en defecto de instrumento internacional). De hecho, dicha norma, además de no estar integrada en el marco normativo que regula la extensión y límites de la jurisdicción española, no contiene ninguna alusión al elemento internacional que haga pensar en su proyección a dicho ámbito; a diferencia de lo que acontece, por ejemplo, con el art. 27 de la Ley belga, de 13 de abril de 1995, sobre el contrato de agencia, que sí que hace expresa mención de su carácter internacional<sup>13</sup>. Dicha norma tiene, pues, el carácter de norma de competencia judicial internacional de origen, no comunitario (europeo), sino interno.

Por ello, sorprende que la Audiencia Provincial de Barcelona asimile el art. 27 de la legislación belga de agencia con la Disposición Adicional de la legislación española de agencia, ya que, como hemos señalado, no presentan el mismo carácter (la primera es una norma de competencia judicial internacional de origen interno y la segunda es una norma de competencia territorial interna). La comparativa llevada a cabo por la Audiencia Provincial, además de ser errónea, no aporta nada al supuesto de autos, ya que ni siquiera el art. 27 de la legislación belga de agencia tiene la consideración de norma de competencia judicial internacional de origen comunitario (europeo).

La Audiencia Provincial, en aras de reforzar su criterio interpretativo, trae a colación la conclusión de la sentencia del TJUE (Sala 3<sup>a</sup>) de 17 de octubre de 2013 (asunto *Unamar*)<sup>14</sup>; asunto en el cual conocían los Tribunales belgas, pese a contener el contrato internacional de agencia comercial una cláusula de sumisión expresa a los Tribunales búlgaros (y una cláusula de elección de ley a favor de la normativa búlgara). La referencia a dicha conclusión para fortalecer la postura de la Audiencia en torno a un problema de competencia judicial internacional, además de implicar una confusión o mezcla entre el susodicho sector y el del Derecho aplicable, tampoco aporta nada, ya que el pronunciamiento referido alude al sector del Derecho aplicable, en concreto, al alcance de las “leyes de policía”.

Del mismo modo, sorprende que la Audiencia Provincial recurra, en ocasiones, en aras de tratar de reforzar su criterio interpretativo, al Reglamento “Bruselas I bis”, cuando la misma reconoce que “debe aplicarse al supuesto de autos” el Reglamento “Bruselas I”.

**21.** En suma, la norma de competencia, contenida en la Disposición Adicional de la legislación española de agencia, no es una norma de competencia judicial internacional de origen internacional ni de producción interna, sino una mera norma de competencia territorial interna; lo cual implica que su operatividad sea muy reducida. Por lo tanto, la regla contenida en la Disposición adicional, de la legislación española de agencia, únicamente operará en los supuestos meramente internos y, en las situaciones privadas internacionales, cuando la jurisdicción española sea competente para conocer de un contrato internacional de agencia comercial y el agente comercial esté domiciliado en España (salvo que el foro de competencia judicial internacional que resulte aplicable esté llamado a actuar, al mismo tiempo, como

---

dichas normas gozan de primacía sobre las contenidas en el Reglamento “Bruselas I”/Reglamento “Bruselas I bis”. Dicho precepto, que determina cuáles son las relaciones del Reglamento “Bruselas I” (o, en su caso, del Reglamento “Bruselas I bis”) con otras disposiciones del Derecho de la Unión Europea, tiene como finalidad primordial permitir una mayor especialización de las soluciones.

<sup>13</sup> Por virtud del art. 27 de la legislación belga de agencia de 1995, salvo que resulte aplicable un Convenio internacional ratificado por Bélgica que establezca otra cosa, “toda actividad de un agente comercial que tenga su establecimiento principal en Bélgica se regirá por la ley belga y será de la competencia de los Tribunales belgas”. Dicho precepto, que consagra una correlación entre *forum-ius*, alude expresamente, pues, a su carácter internacional, ya que habla de los “Tribunales belgas”.

<sup>14</sup> Asunto C-184/12.

foro de competencia territorial interna, como es el caso del foro especial en materia contractual del art. 5.1 del Reglamento “Bruselas I”).

**22.** En conclusión, la confusión manifestada por la Sección 1ª de la Audiencia Provincial de Barcelona, en su sentencia de 21 de diciembre de 2018, en torno a ciertos aspectos básicos del sector de la competencia judicial internacional (que han quedado patentes en las líneas anteriores), la lleva a alcanzar una conclusión errónea en cuanto a esta problemática se refiere, al otorgar competencia judicial internacional a los órganos jurisdiccionales españoles, en lugar de a los Tribunales belgas (conforme al foro de competencia judicial internacional de la sumisión expresa del art. 23 del Reglamento “Bruselas I” [que era el aplicable al supuesto de autos por la argumentación anteriormente expuesta]), para conocer del litigio planteado entre TAE (agente comercial) y NV Gourmand (principal).

UNA ACERTADA ORIENTACIÓN JURISPRUDENCIAL  
EN RELACIÓN A LA VALIDEZ Y ALCANCE DE LA CLÁUSULA  
SUMISORIA A FAVOR DE TRIBUNAL EXTRANJERO  
CONTENIDA EN UN CONOCIMIENTO DE EMBARQUE.  
COMENTARIO AL AUTO DE 13 DE FEBRERO DE 2019  
DE LA AAP DE BARCELONA (SECCIÓN 15)

A CORRECT JURISPRUDENCIAL ORIENTATION IN RELATION  
TO THE VALIDITY AND SCOPE OF THE SUBMISSIVE CLAUSE  
IN FAVOR OF A FOREIGN COURT CONTAINED IN A BILL OF  
LADING. COMMENTARY ON THE JUDGMENT OF FEBRUARY  
13, 2019 OF THE PROVINCIAL COURT OF BARCELONA  
(SECTION 15)

JUAN JOSÉ ÁLVAREZ RUBIO

*Catedrático de Derecho Internacional Privado  
Universidad del País Vasco (UPV/EHU)*

ORCID ID: 0000-0002-4939-4827

Recibido: 03.06.2019 / Aceptado: 11.06.2019

DOI: <https://doi.org/10.20318/cdt.2019.4967>

**Resumen:** La determinación del régimen normativo aplicable a las cláusulas atributivas de jurisdicción contenidas en los conocimientos de embarque suscita un debate jurídico que el Auto de la AAP de Barcelona de 13 de febrero de 2019 resuelve de forma acertada, al subrayar la primacía en la aplicación del artículo 25 del Reglamento 1215/2012 (Bruselas I Bis) sobre las previsiones contenidas en la Ley de Navegación Marítima española. La interacción entre los diversos bloques normativos que confluyen en este sector del transporte marítimo internacional de mercancías exige descender a cada caso en concreto para poder así seleccionar de forma acertada la norma al amparo de la cual ha de ser analizada su extensión y límites.

**Palabras clave:** autonomía de la voluntad de las partes, cláusulas atributivas de jurisdicción, interacción entre bloques normativos, Ley de Navegación Marítima de 2014, Reglamento 1215/2012 (Bruselas Ibis).

**Abstract:** The determination of the regulatory regime applicable to the attributive clauses of jurisdiction contained in bills of lading raises a legal debate that the ruling of the Provincial Court of Barcelona of February 13, 2019 resolves correctly, by emphasizing the primacy in the application of article 25 of Regulation 1215/2012 (Brussels Ibis) on the provisions contained in the Spanish Maritime Navigation Law. The interaction between the different normative blocks that come together in this sector of the international maritime transport of merchandise requires descending to each specific case in order to be able to correctly select the standard under which its extension and limits have to be analyzed.

**Keywords:** autonomy of the will of the parties, attribution clauses of jurisdiction, interaction between normative blocks, Law of Maritime Navigation of 2014, Regulation 1215/2012 (Brussels Ibis).

**Sumario:** I. Consideraciones preliminares. 1. Presentación del supuesto litigioso. 2. Contexto normativo y de derecho intertemporal II. Contratación marítima internacional y autonomía de la voluntad: acuerdos atributivos de jurisdicción en el Derecho internacional y en el Derecho interno español. 1. Libertad contractual en el ámbito marítimo: los usos del sector. III. La LNM y su interacción con otros bloques normativos. 1. Las previsiones de la LNM y del RBibis en materia procesal. 2. Los acuerdos de elección de foro en el sector marítimo. IV. Conclusiones finales.

## I. Consideraciones preliminares

### 1. Presentación del supuesto litigioso

1. El Auto de la Audiencia Provincial de Barcelona (Sección decimoquinta) de fecha 13 de febrero de 2019 desestima el recurso de apelación formulado y confirma la estimación de la declinatoria de jurisdicción planteada por la demandada, de forma que declara la falta de jurisdicción de los tribunales españoles para conocer de la demanda interpuesta por considerar que la controversia ha de someterse a tribunal extranjero.

La demanda fue planteada por la entidad Aliments del Mar Ultracongelats, S.A. contra la naviera Mediterranean Shipping Company España, S.L.U., en reclamación de los daños y perjuicios sufridos con ocasión del transporte marítimo de dos contenedores que contenían cajas de langostinos congelados desde el puerto de Mar del Plata (Argentina) con destino al puerto de Barcelona y Vigo.

El transporte fue realizado en régimen de conocimiento de embarque en un buque de la demandada y tales conocimientos de embarque fueron emitidos por la demandada y firmados por la demandante.

### 2. Contexto normativo y de derecho intertemporal

2. En su decisión, la Audiencia realiza una acertada y exhaustiva descripción de la posición del TJUE, del Tribunal Supremo y de la suya propia acerca de las cláusulas de sumisión contenidas en conocimientos de embarque así como sobre su alcance y validez conforme al régimen normativo vigente con anterioridad a la entrada en vigor de la Ley 14/2014, de 24 de julio, de Navegación Marítima (en adelante, LNM), para a continuación señalar que el marco legal aplicable ha cambiado sustancialmente con la entrada en vigor de la misma, al introducir modificaciones que afectan de manera expresa a la validez de las cláusulas de sumisión insertas en conocimientos de embarque o en otros contratos de utilización del buque (cuestión abordada en los arts. 468 y 251 de la LNM), modificaciones que, a juicio de la Audiencia obligan a revisar también la doctrina jurisprudencial y la posición de la Sala.

Junto a este análisis de la extensión y límites conferido a la autonomía de la voluntad de las partes en la LNM, y tal y como posteriormente será analizado, la resolución judicial ahora comentada realiza una acertadísima reflexión acerca de la interacción entre los diversos bloques normativos en presencia (el bloque convencional, el europeo y el interno-español) y concluye afirmando que “aplicado cuanto antecede al presente caso, el art. 25 del Reglamento CE 1215/2012 no queda relegado por la Ley española.

Tampoco lo complementa o introduce requisitos de forma adicionales. Dicho precepto establece cómo debe celebrarse el acuerdo atributivo de competencia y fija la Ley conforme a la cuál debe examinarse la validez del acuerdo (la del Estado Miembro a cuyos tribunales se hayan sometido las partes) (...). Por todo ello, dado que el contrato de transporte se suscribió entre las partes litigantes, únicas a las que se refieren los conocimientos de embarque, la aplicación del mencionado art. 25 Reglamento CE 1215 resulta procedente y ajustado a derecho la resolución recurrida”.

El matiz que cabría formular a la argumentación sostenida por la Audiencia en la decisión ahora analizada es que toda su correcta línea discursiva y argumentativa es válida siempre y cuando se parta de la premisa de que el tribunal seleccionado mediante la cláusula atributiva de jurisdicción pertenezca a alguno de los todavía veintiocho Estados de la UE; por el contrario, si la cláusula (como de hecho contempla de forma subsidiaria, para el caso hipotético que no concurre en el litigio ahora planteado, de que el transportista contratado en virtud del conocimiento de embarque tuviese como punto de partida o de llegada EEUU, en cuyo caso se pacta el sometimiento a los tribunales de Nueva York) atribuyera

la competencia a un tribunal de un Estado no perteneciente a la UE el art.25 del Reglamento 1215/2012 no sería de aplicación: el Reglamento Bruselas-IBis no prohíbe tal práctica contractual, simplemente no la regula, como es lógico.

3. El elenco de bloques normativos en presencia (de fuente convencional, institucional e interna) que convergen en nuestro ordenamiento español plantea un debate jurídico en torno a la necesaria delimitación y selección del régimen jurídico aplicable a cuestiones claves o troncales tales como la concreción del régimen de derechos y obligaciones de las partes o toda la dimensión procesal civil internacional y en particular la cuestión, abordada con acierto en la sentencia ahora comentada, y que queda vinculada al papel que haya de reconocerse a la autonomía de la voluntad de las partes en el plano de la jurisdicción.

Tal suma de bloques queda integrada por la citada LNM, por el marco jurídico internacional convencional compuesto por el Convenio de Bruselas de 1924 en materia de conocimiento<sup>1</sup>, enmendado por el Protocolo de Bruselas de 23 de febrero de 1968 y el Protocolo de Bruselas de 1979 (sistema de “Las Reglas de La Haya” y “La Haya Visby”)<sup>2</sup>, el Convenio de Hamburgo de 1978 sobre transporte marítimo de mercancías, las previsiones normativas del Convenio UNCITRAL de 2008 (Reglas de Rotterdam) y por último el conjunto normativo de fuente institucional derivado de los Reglamentos europeos.

Cabría preguntarse si la LNM logra realmente sus objetivos, concretados de acuerdo con lo dispuesto en su propio Preámbulo en la pretensión de homogeneizar el ordenamiento jurídico español con el Derecho marítimo internacional, aportar seguridad jurídica al garantizar la coordinación entre las normas españolas, europeas y los Convenios internacionales vigentes, reflejar la realidad práctica actual del transporte marítimo y eliminar las carencias que se han detectado en relación a una pluralidad de intereses nacionales cuya tutela debe ser reforzada en diversos ámbitos materiales como el de la seguridad de la navegación o la protección del medio marino, entre otros.

Es cierto que la LNM española representa sin duda, pese a ciertas soluciones legislativas susceptibles de crítica desde nuestra perspectiva de análisis internacional privatista, un avance normativo relevante dentro de nuestro sistema autónomo al dotar al ordenamiento jurídico interno español de un marco legal moderno y sistematizado y que pretende fomentar además una mayor seguridad jurídica y previsibilidad<sup>3</sup>. Pero la cuestión que cabe plantearse es si la LNM consigue alcanzar estos objetivos con su regulación en esta dimensión procesal, en la que los Convenios internacionales en vigor y la regulación contenida en los Reglamentos europeos son técnicamente mucho más respetuosos con la autonomía de la voluntad de las partes y más acordes a los usos y costumbres comerciales vigentes en el sector.

4. Un claro ejemplo del interés práctico que despierta esta suma de interrogantes sin respuesta (o con respuesta heterogénea en los diversos textos normativos citados) puede apreciarse en el supuesto práctico ahora resuelto de forma muy atinada por la ahora comentada decisión de la Audiencia de Barcelona en su sentencia de 13 de febrero de 2019, concretado en la necesaria delimitación del margen de maniobra contractual material y conflictual que cabe conferir a las partes en una relación de transporte marítimo internacional a la hora de determinar el tribunal estatal competente<sup>4</sup>.

Verificar el papel que deba reconocerse a la autonomía de la voluntad de las partes y en particular valorar, con referencia a la evolución de la disciplina internacional en materia de transporte marítimo internacional de mercancías, la relevancia de la autonomía privada en el ámbito procesal exige como reflexión previa atender a la variada tipología de cláusulas en presencia en este sector de la contrata-

<sup>1</sup> *Gaceta*, 31 de julio de 1930.

<sup>2</sup> *BOE*, 11 de febrero de 1984.

<sup>3</sup> Entre otros sobre los objetivos de la Ley de Navegación Marítima española puede verse: J.C. FUENTE GÓMEZ, “Principios y fines generales de la Ley de Navegación Marítima”, M.V. PETIT LAVALL/ A. PUETZ, (Dir.), *La eficiencia del transporte como objetivo de la actuación de los poderes públicos: liberalización y responsabilidad*, Madrid, Marcial Pons, 2015, pp. 361-366. Sobre los diversos anteproyectos y trabajos preparatorios vid. J.L. GOÑI ETCHEVERS, *Temas de Derecho Marítimo*, Thomson Reuters Aranzadi, Madrid, 2016, p.383 y ss.

<sup>4</sup> Puede verse entre otros: J. CARRASCOSA GONZÁLEZ, “La autonomía de la voluntad conflictual y la mano invisible en la contratación internacional”, *La Ley*, nº 7847, de 27 de abril de 2012.

ción internacional<sup>5</sup>, de forma que no cabe dogmatizar en abstracto acerca de su calificación jurídica sin descender a la concreción de su redacción y de la variada y heterogénea tipología contractual existente en el sector.

En efecto, para determinar su posible alcance y funcionalidad es preciso tener presente la cobertura normativa que subyace tras dichas cláusulas ya que el tratamiento que éstas reciben en los diferentes bloques normativos en presencia difiere o incluso revela contradictorias respuestas normativas ante una misma realidad contractual.

Todo ello responde a la citada nota de internacionalidad predicada del Derecho Marítimo y a la tendencia hacia su uniformidad normativa internacional que se ha plasmado históricamente en un protagonismo y una profusión de textos convencionales coexistentes con normas de fuente u origen autónomo e institucional, junto a la paulatina importancia de las prácticas y usos mercantiles elaborados por los operadores intervinientes en cada sector. Una uniformidad normativa internacional protagonizada hoy por la europeización del Derecho privado iniciada hace años con el Tratado de Ámsterdam<sup>6</sup>, consolidada y reforzada con la vigencia del Tratado de Lisboa, así como la proyección o dimensión externa de este proceso<sup>7</sup>, y que refleja claramente una problemática específica en “territorio jurídico europeo” debido a la mencionada coexistencia en el sector de bloques normativos diferenciados (estatal o interno, europeo e internacional/convencional)<sup>8</sup>.

5. En efecto, en la actualidad el Derecho marítimo se caracteriza por la pluralidad de fuentes normativas que enriquecen su contenido y queda a su vez estructurado en diversos subsistemas con sentido interno propio y principios particulares. Así, la metodología normativa tradicional comienza a compartir protagonismo con mecanismos como la autorregulación, que permite garantizar un mayor grado de seguridad jurídica. Sin duda, tal y como hemos advertido, la importancia que esta cuestión tiene en su proyección sobre el Derecho marítimo internacional exige delimitar el margen de maniobra de las partes en una relación contractual de transporte marítimo<sup>9</sup>.

La coexistencia de los citados bloques normativos diferenciados que presenta el marco jurídico aplicable al transporte marítimo en la UE genera, debido a una parcial y sectorial armonización del tratamiento normativo de unas realidades contractuales tan complejas<sup>10</sup>, un resultado jurídico final que ni está suficientemente consolidado ni garantiza el objetivo de previsibilidad necesario para aportar suficientes dosis de seguridad jurídica a las partes<sup>11</sup>.

<sup>5</sup> Tal y como destaca A. BRIGGS, “The validity of floating choice of law and jurisdiction clauses”, *Lloyd's mar. and Com. Law Quart.*, 1986, pp. 508 y ss. En la misma orientación, J. RAMBERG, “Freedom of contract in maritime law”, *Lloyd's mar. and Com. law quart.*, 1993, pp. 178 y ss.

<sup>6</sup> J.L. IRIARTE ÁNGEL, “La armonización del Derecho internacional privado por la Unión Europea”, *Jado: boletín de la Academia Vasca del Derecho*, nº 9, 2006, pp. 47-73.

<sup>7</sup> Véase A. BORRÁS, “La Comunitarización del Derecho Internacional Privado: pasado, presente y futuro”, *Cursos de Derecho Internacional de Vitoria-Gasteiz (2001)*, Vitoria-Gasteiz, Servicio de Publicaciones de la Universidad del País Vasco, 2002, pp. 285-318; M. GUZMÁN ZAPATER, “Cooperación civil y Tratado de Lisboa: ¿Cuánto hay de nuevo?”, *La Ley*, nº7479, 2010, pp.713 y ss.

<sup>8</sup> En este sentido vid. J.C. FERNÁNDEZ ROZAS, “La comunitarización del Derecho internacional privado y Derecho aplicable a las obligaciones contractuales”, *RES*, nº 140, 2009, pp. 600 y ss.

<sup>9</sup> Sobre el particular, G. KAUFMAN-KOHLER, *La clause d'élection de for dans les contrats internationaux*, Frankfurt, 1980, p. 1.

<sup>10</sup> Entre otro sobre esta cuestión: U. BELINTXON MARTÍN, “Derecho Internacional Privado y transporte de viajeros por carretera: algunas cuestiones sobre jurisdicción y ley aplicable”, *Cuadernos de Derecho Transnacional*, vol. 8, nº 1, Marzo 2016, pp. 17-35.

<sup>11</sup> Pueden verse el Considerando 15 del RBI bis (Reglamento (UE) nº 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), conforme a cuyo tenor, “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. Respecto de las personas jurídicas, debe definirse el domicilio de manera autónoma para incrementar la transparencia de las normas comunes y evitar los conflictos de jurisdicción”; e igualmente el Considerando 16 del R. Roma I (Reglamento (CE) nº 593/2008, de 17 de junio, sobre ley aplicable a las obligaciones contractuales), conforme al cual, y “Con el fin de contribuir al objetivo general del presente Reglamento que es la seguridad jurídica en el espacio judicial europeo, las normas de conflicto de leyes deben presentar un alto grado de previsibilidad. No obstante, el juez debe disponer de un margen de apreciación con el fin de determinar la ley que presenta los vínculos más estrechos con la situación”.

No es posible aludir genéricamente a la armonización normativa sin descender a cada sector específico. Debe determinarse de forma coordinada con las diversas instancias e intereses en presencia la fórmula más racional y adecuada al objetivo perseguido. Para la comprensión del verdadero significado de la variada tipología de cláusulas contractuales presentes en este sector es preciso atender, en primer lugar, a la compleja fenomenología de las modalidades contractuales a través de las cuales se materializa la prestación del transporte marítimo internacional.

Sin desconocer la existencia de relaciones contractuales mixtas, cabe aludir al fletamento por tiempo (*time-charter*), el fletamento por viaje (*voyage-charter*) y, por último, los contratos de transporte de mercancías en buques de línea, plasmados en conocimientos de embarque como las fórmulas contractuales más habituales en este sector.

Incluso dentro de un mismo sector el recurso a técnicas y soluciones normativas opuestas puede llegar a representar un serio obstáculo frente a la tarea de armonización pretendida: cabe citar como ejemplo el hecho de que tradicionalmente, y dentro del transporte marítimo internacional de mercancías, el sector del transporte a través de pólizas de fletamento ha quedado regulado por normas dispositivas, elaboradas por los propios operadores económicos y no se ha sentido la necesidad de establecer normas que restrinjan o modulen la libertad contractual de los sujetos intervinientes.

En cambio, el sector del transporte de línea regular o en régimen de conocimiento de embarque se ha caracterizado por la vigencia de normas coercitivas en materia de responsabilidad del porteador, plasmadas históricamente en las Reglas de La Haya, La Haya-Visby, Hamburgo y Rotterdam.

Frente a la disparidad de técnicas normativas vigentes en ambos subsectores, la realidad contractual demuestra que también el sector de las pólizas de fletamento reclama la presencia de un esquema normativo uniforme de responsabilidad del porteador, un marco de referencia que aporte la necesaria seguridad jurídica a tales operadores, al determinar un régimen de distribución de riesgos y responsabilidades adecuado a tal tipo de contrato. En definitiva, la tendencia en favor de la autocomposición de intereses no se ajusta a la demanda de los intereses del sector y la reproducción de esquemas normativos elaborados para otra modalidad contractual es fuente de numerosos problemas interpretativos y de aplicación.

## II. Contratación marítima internacional y autonomía de la voluntad: acuerdos atributivos de jurisdicción en el Derecho internacional y en el Derecho interno español

### 1. Libertad contractual en el ámbito marítimo: los usos del sector

6. La plena aceptación del postulado de la autonomía de la voluntad de las partes y su articulación como foro de competencia judicial internacional ha de ser ponderada en atención a los respectivos intereses en presencia, e indagar en la capacidad de discernimiento y de libertad que medie al establecer tales cláusulas atributivas de jurisdicción en favor de determinados órganos judiciales. La noción de libertad contractual como concepto básico del Derecho privado se articula en el ámbito marítimo a través de particulares manifestaciones, como las llamadas cláusulas flotantes de jurisdicción.

Otra problemática específica planteada en este sector se concreta en que dichos acuerdos de elección de foro "convenidos" entre cargador y porteador pueden llegar a producir efectos frente a terceros que no fueron parte en el contrato. Por ello, deberá analizarse así el valor que, por ejemplo, tendrá para el destinatario de las mercancías objeto de transporte tal cláusula invocada por el transportista frente a la reclamación que el adquirente de las mismas efectúa por un deterioro o pérdida de éstas.

Resulta muy extenso el elenco de cuestiones que han de ser valoradas atendiendo a la norma que resulte aplicable dentro de los diferentes bloques normativos en presencia. Así cabe citar las relativas a la modalidad a través de la cual se exteriorice la voluntad de las partes de someter a un juez o tribunal extranjero un determinado litigio (sumisión expresa o tácita), el doble efecto de la cláusula de elección de foro (*derogatio fori* y *prorrogatio fori*), la interacción existente entre *Forum/Ius*, las condiciones sustantivas y formales necesarias para la validez del acuerdo, la conexión entre el litigio y el Tribunal elegido, el momento de realización del acuerdo atributivo de jurisdicción (con anterioridad o tras el evento que constituya el fundamento de la eventual reclamación), la problemática concerniente a la oponibilidad de



la cláusula atributiva de jurisdicción frente a terceros no parte en el acuerdo que contiene tal cláusula, o la caracterización del foro de competencia resultante del juego de la autonomía de la voluntad de las partes<sup>12</sup>.

### III. La LNM y su interacción con otros bloques normativos

#### 1. Las previsiones de la LNM y del RBIBis en materia procesal

7. La LNM incorpora una regulación que incrementa este atomizado, heterogéneo y por momentos contradictorio marco regulador de una misma dimensión contractual en cada uno de los diversos bloques normativos en presencia en este sector del Derecho del comercio internacional.

La LNM aborda las especialidades procesales de jurisdicción y competencia en el ámbito del transporte marítimo y en este contexto establece los requisitos de validez de las cláusulas de sumisión a determinados foros contenidas en los contratos de utilización del buque además de fijar los criterios de atribución de competencia judicial internacional para las controversias que surjan de dichos contratos marítimos (artículos 468 y 469).

En referencia a las cláusulas de sumisión contenidas en los documentos y contratos de transporte marítimo (habitualmente los conocimientos de embarque y las pólizas de fletamento) la norma española condiciona su validez a que hayan sido negociadas individual y separadamente, no siendo la mera inserción de una cláusula de jurisdicción en el condicionado impreso de un contrato, por sí sola, prueba de su validez y del consentimiento de las partes.

Por otro lado, la ley establece los criterios de atribución de competencia judicial internacional utilizables a falta de pacto de sumisión válido, permitiendo al demandante elegir, para las controversias que surjan en relación a los contratos de utilización de un buque, los tribunales del domicilio del demandado, del lugar de celebración del contrato o del puerto de carga o de descarga.

De acuerdo con el preámbulo de la ley, su objetivo es tratar de evitar los abusos detectados frecuentemente en el tráfico marítimo, sufridos por terceros poseedores de conocimientos de embarque que se ven obligados a someterse a tribunales extranjeros o a arbitrajes internacionales cuando en realidad no han negociado tales cláusulas o incluso las podían desconocer (como sucede con las cláusulas incorporadas al conocimiento de embarque por referencia a una póliza de fletamento)<sup>13</sup>.

El verdadero problema es que en la gran mayoría de los supuestos (por ejemplo, en la extendida modalidad del transporte de contenedores de línea regular) no existe una negociación individual de los contratos de utilización del buque, suscritos frecuentemente a través de agentes, o que con frecuencia son contratos emitidos unilateralmente por el porteador que el cargador recibe una vez cargada la mercancía, o que son transmitidos por endoso entre compradores de forma sucesiva y que siguen generalmente las previsiones de impresos estandarizados que incluyen cláusulas de sumisión a tribunales extranjeros.

8. Además de lo anterior, debe tenerse en cuenta que como muy bien subraya la sentencia ahora comentada, la *ratio* inspiradora del sistema instaurado por la normativa europea, desde la inicial versión

<sup>12</sup> Sobre el particular, vid. la excelente reflexión de J.C.FERNÁNDEZ ROZAS, "Alternativas e incertidumbres de las cláusulas de solución de controversias en la contratación marítima internacional", *Cuadernos de Derecho transnacional* (octubre 2018), vol.10, nº2, pp.333-375.

<sup>13</sup> En este sentido cabe citar la división doctrinal existente sobre la interpretación y fundamentación del referido artículo 468 y lo indicado en la exposición de motivos de la LNM. A favor de la operatividad de este precepto se posicionan autores como I. ARROYO MARTÍN, así puede verse entre otros el artículo: "Protección de la parte débil frente a las cláusulas de jurisdicción internacional en el transporte marítimo", *ADM*, Vol. XXX, 2013 pp. 23-95. En contra se posicionan, entre otros: J.GONZÁLEZ PELLICER, "Sobre el artículo 468 del Proyecto de Navegación Marítima y la nulidad de las cláusulas de elección de foro en los conocimientos de embarque", *La Ley*, nº 8354, Sección Doctrina, 15 de julio de 2014, Año XXXV, pp. 8 y ss.; M. GÓMEZ GENE, "Las cláusulas de jurisdicción y arbitraje en la nueva ley de navegación marítima", *Cuadernos de Derecho Transnacional*, vol.6, nº2, Octubre 2014, pp. 118 y ss; P.A.DE MIGUEL ASENSIO, "Los acuerdos de jurisdicción en la nueva Ley de Navegación Marítima de 17 de septiembre de 2014", Recuperado de: <http://pedromiguelasensio.blogspot.com.es/2014/10/los-acuerdos-de-jurisdicción-en-la-LNM>, J.J.ÁLVAREZ RUBIO, "La nueva Ley de Navegación Marítima desde la perspectiva del Derecho internacional", A.EMPARANZA SOBEJANO Y J.M.MARTÍN OSANTE (Dir.), *Comentarios sobre la Ley de Navegación Marítima*, Madrid, Marcial Pons, 2015, pp. 807-831, etc.

del artículo 17 del Convenio de Bruselas de 1968 hasta el vigente artículo 25 del Reglamento 1215/2012 (RBI bis), se ha concretado en el deseo de encontrar una solución equilibrada entre los objetivos en presencia que exigen por un lado proteger a las partes contra cláusulas subrepticamente introducidas y por otra parte evitar un anacrónico afán formalista que paralice el comercio internacional, subrayando que de ningún modo la exigencia de forma escrita es la única exigible y que la adecuación a una forma que se ajuste a los hábitos que las partes tuvieran establecidos o conforme a los usos del comercio internacional valida plenamente el acuerdo atributivo de jurisdicción.

Ante dicha situación normativa, sabido es que en tales casos la jurisprudencia comparada y la del propio TJUE ha ido flexibilizando de manera progresiva los requisitos de validez de las cláusulas de sumisión, atendiendo al criterio de los “usos” comúnmente conocidos y aceptados en el tráfico marítimo internacional. Nuestros tribunales han venido entendiendo que una cláusula contenida en el anverso de un conocimiento de embarque, que sea visible y clara, es válida, y que puede vincular a un tercero (como una aseguradora) que se haya subrogado en la posición jurídica del cargador, a pesar de no haber sido negociada de forma individual por este tercero.

Es evidente que desde el año 2000 hasta la actualidad, la interpretación de la remisión que la normativa europea contiene en relación a los usos del comercio internacional permite analizar interesantes reflexiones jurisprudenciales, al supeditar la validez de los pactos atributivos de jurisdicción a las pautas hermenéuticas que el TJUE ha ido estableciendo sobre el particular. De esta forma, numerosas resoluciones judiciales internas otorgan plena operatividad y alcance a la cláusula atributiva de jurisdicción contenida en un conocimiento de embarque, por estimar su tenor conforme a los usos del comercio internacional en este específico sector, al fundamentar la validez de la cláusula atributiva de jurisdicción a favor de terceros tribunales en su adecuación a los usos del comercio internacional, y en particular, a los imperantes en el ámbito del transporte marítimo<sup>14</sup>.

9. En efecto, la reiterada jurisprudencia del TJUE ha establecido la presunción de que las partes han dado su consentimiento a una cláusula atributiva de competencia cuando el comportamiento de las mismas corresponda a un uso generalizado que las partes conocen o debieran conocer. Es decir, cuando los operadores siguen un comportamiento determinado de forma general y regular al celebrar cierta clase de contratos, como es la inclusión de cláusulas de sumisión en documentos-tipo propios del comercio marítimo internacional, la formación de ese uso no requiere más prueba y se presume que dicha cláusula es conocida y consentida por las partes, pese a no haber sido negociada de forma individual y separada.

Además de estos aspectos técnico-procesales, no debe obviarse que esta reflexión se centra en un sector, el del transporte marítimo internacional, con unos intereses muy específicos, donde el imperio de la autonomía de la voluntad, los usos del comercio marítimo internacional y, en definitiva, la práctica inveterada seguida por sus operadores parecen haber triunfado definitivamente.

Es necesario valorar con detenimiento el juego de todos esos intereses, ya que se corre el riesgo de obviar los representados por los terceros poseedores del documento acreditativo del transporte (*bill of lading*, *charter-party*, o *sea-waybill*, entre otros) ajenos a la relación contractual originaria y que, como consecuencia del imperio de los intereses del tráfico marítimo internacional, pueden ver vulnerados los suyos propios, teniendo que litigar en un país lejano; aquél donde les lleve la presencia en dicho documento –o en el contrato– de una cláusula arbitral –o de sometimiento a la jurisdicción de determinados tribunales estatales– que, en principio, difícilmente han podido conocer previamente y, por lo tanto, aceptar.

Así, la interpretación de dicha aceptación parece ser una de las claves para valorar la validez de estas cláusulas. La trascendencia práctica que comporta la exégesis de las cláusulas arbitrales –así como las de sometimiento a determinados tribunales estatales– justifica la oportunidad de centrar su análisis en éstas, interés acrecentado por el giro restrictivo adoptado por parte de la LNM en comparación con las normas internacionales<sup>15</sup>.

<sup>14</sup> En relación a la interpretación del TJUE sobre las cláusulas de foro insertas en un conocimiento de embarque y los usos del comercio internacional, entre otros: E.TORRALBA MENDIOLA, “Las «especialidades procesales» de la Ley de Navegación Marítima: cláusulas de jurisdicción y arbitraje”, *RDT*, N° 16, 2015, pp.121-131.

<sup>15</sup> Sobre la prioritaria aplicación del Derecho Uniforme frente al Derecho interno, puede verse el clarificador estudio de J.M. RUIZ SOROA, “El Derecho Uniforme en la Ley de Navegación Marítima”, A. EMPARANZA SOBEJANO/ J.M. MARTÍN OSANTE

**10.** En conclusión, del tenor literal del artículo 468 de la LNM parece advertirse que el legislador pretende invertir esta presunción de validez de las cláusulas de sumisión incluidas en los documentos estándar, cuando indica que, sin perjuicio de lo previsto en los Convenios internacionales y en las normas de la Unión Europea, serán nulas y se tendrán por no puestas aquellas cláusulas de sumisión que no hayan sido negociadas individual y separadamente, sin que su mera inserción en el condicionado impreso sirva por sí solo de base para acreditar su aceptación.

De esta manera se refuerza la idea de garantizar los intereses de aquellos usuarios del transporte marítimo que intervienen como terceros ajenos a la relación contractual originaria o que tienen un reducido poder de negociación en los contratos de utilización de los buques.

Desde luego la aplicación de esta disposición será compleja y requerirá que los jueces españoles sean capaces de ajustar la noción de “usos” del comercio marítimo internacional (que aboga por una interpretación flexible en torno a la validez de las cláusulas de sumisión marítimas), con el criterio injustificadamente restrictivo fijado en la ley española de requerir la negociación individual de estas cláusulas, principalmente atendiendo a la dinámica de las operaciones marítimas, que se caracterizan habitualmente por la falta de negociación de dichas cláusulas en la práctica, todo ello en un contexto contractual caracterizado por su dinamismo, cronocompetencia y enorme flexibilidad comercial propio de este sector del Derecho del comercio internacional.

La importante cuestión de la apreciación de la concurrencia del auténtico y libre consentimiento de los cargadores en la asunción de las consecuencias procesales derivadas de las cláusulas de elección de foro predispuestas por los armadores en sus conocimientos de embarque ya fue objeto de reflexión y debate durante los sucesivos proyectos de ley de navegación marítima y la LNM lo zanja de forma farragosa y no exenta de polémica, al exigir, so pena de nulidad, su negociación separada e individual. Procede, por ello, analizar la eficacia práctica que tendrá la nueva norma aprobada dentro del contexto normativo internacional y europeo en el que va a operar.

Tal y como se indicaba anteriormente, el artículo 468 de la ley, que forma parte del capítulo intitulado “De las especialidades de jurisdicción y competencia”, incorpora así reglas específicas de competencia judicial en materia contractual, centradas en regular la eficacia y requisitos de las cláusulas de jurisdicción así como en establecer normas de competencia aplicables en defecto de tales acuerdos<sup>16</sup>.

**11.** Es evidente, pero debe recordarse, que la norma no se ocupa de la atribución de competencia a los tribunales españoles ya que su alcance queda centrado en el análisis de validez de las cláusulas de sumisión a una jurisdicción extranjera. Esto conlleva que la ley sólo proyectará su operatividad en relación a la eficacia derogatoria de la competencia de los tribunales españoles cuando no resulte aplicable el nuevo RBIbis o una norma convencional internacional.

Hay una clara discrepancia sobre la eficacia derogatoria de la competencia de los tribunales españoles de los acuerdos a favor de tribunales extranjeros entre el tenor del artículo 468 LNM y el derivado del artículo 25 RBIbis (la ley marítima española es mucho más restrictiva en su admisión)<sup>17</sup>. No obstante, ante un conflicto en materia de aplicación prioritaria de una u otra normativa, sin duda alguna, el RBIbis prevalecerá cuando la “jurisdicción extranjera” a la que va referida la sumisión sea la de un Estado de la UE. En el supuesto litigioso resuelto en la sentencia ahora comentada la cláusula atributiva de jurisdicción operó en favor de los tribunales ingleses (pese a que la propia cláusula contractual del conocimiento de embarque hubiera podido llegar a determinar la competencia por sumisión expresa de las partes a favor de los tribunales de Nueva York para el caso, que no ocurrió finalmente, de que el

---

(Dir.)., *Comentarios sobre la Ley de Navegación Marítima*, Madrid, Marcial Pons, 2015, pp. 49-60.

<sup>16</sup> El artículo 468 LNM 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 contenidas en los contratos de utilización del buque o en los contratos auxiliares de la navegación, cuando no hayan sido negociadas individual y separadamente. En particular, la inserción de una cláusula de jurisdicción o arbitraje en el condicionado impreso de cualquiera de los contratos a los que se refiere el párrafo anterior no evidenciará, por sí sola, el cumplimiento de los requisitos exigidos en el mismo.”

<sup>17</sup> Sobre dichas cuestión, entre otros: J. DEL CORTE, “Especialidades procesales en la Ley de Navegación Marítima”, A. EMPARANZA SOBEJANO Y J.M. MARTÍN OSANTE (Dir.), *Comentarios sobre la Ley de Navegación Marítima*, Madrid, Marcial Pons, 2015, pp. 753-768.

transportista hubiera tenido como punto de partida o de llegada EEUU, en cuyo caso no hubiera sido aplicable el Reglamento 1215/2012 para enjuiciar el alcance de tal cláusula sumisoria).

Entre otras cuestiones pueden acaecer problemas en relación con la eventual eficacia en el extranjero (en particular en el Estado designado por la cláusula de jurisdicción) de una resolución española cuando el tribunal español se haya declarado competente pese a existir una cláusula de jurisdicción que, sin haber sido negociada individual y separadamente (como exige en todo caso el art. 468 LNM), forme parte de un contrato en el que se advierta de manera visible de la existencia del acuerdo exclusivo de elección de foro, con especificación de las cláusulas o secciones del contrato que lo incluyen [véase, por ejemplo, el estándar utilizado, aunque no se encuentre en vigor, por el art. 67.1 del Convenio de las Naciones Unidas sobre el Contrato de Transporte Internacional de Mercancías Total o Parcialmente Marítimo (Nueva York, 2008, las denominadas en la práctica "Reglas de Rotterdam"), al que hace referencia la disp. adic. 1ª LNM].

## 2. Los acuerdos de elección de foro en el sector marítimo

12. La particularidad que caracteriza al Derecho marítimo y en concreto al transporte marítimo de mercancías puede apreciarse en el especial protagonismo que tradicionalmente, fruto de prácticas inveteradas en el sector, adquirieron y mantienen en la actualidad los usos y prácticas del tráfico comercial internacional desarrollado en el concreto entorno marítimo. No es extraño, así, que el propio TJUE se haya basado en la noción de los usos y prácticas comerciales marítimas para defender en los últimos tiempos un proceso de flexibilización interpretativa de las cláusulas de foro, proyectable en gran medida sobre las cláusulas arbitrales, utilizadas asiduamente en la resolución de innumerables litigios, no sólo marítimos.

De esta manera cabe reiterar y profundizar en la reflexión sobre la inatención o falta de previsión de la ley de navegación marítima de un factor clave, concretado en la ausencia de toda coordinación con las soluciones previstas en relación al alcance, extensión y requisitos de validez de las cláusulas atributivas de jurisdicción previstas en el RBI bis.

La ley española recoge en el citado Capítulo I del Título IX ciertas especialidades en materia de competencia judicial internacional, concretamente en el artículo 468 (cláusulas de jurisdicción y arbitraje) y en el artículo 469 (criterios de atribución de competencia). Analizado ya con anterioridad el tenor del artículo 468, cabe prestar ahora atención al artículo 469, conforme al cual,

1. Salvo que las partes hayan introducido válidamente una cláusula de jurisdicción exclusiva o una cláusula de arbitraje, según lo establecido en este capítulo, se aplicarán los criterios previstos en este artículo.
2. En los contratos de utilización del buque, serán competentes, a elección del demandante, los tribunales del: a) domicilio del demandado; b) lugar de celebración del contrato; c) puerto de carga o descarga.
3. En los contratos auxiliares de la navegación, serán competentes, a elección del demandante, los Tribunales del: a) domicilio del demandado; b) lugar de celebración del contrato; c) lugar de prestación de los servicios [...].

Como indicamos anteriormente, el artículo 468 recoge una regla referente a los acuerdos atributivos de jurisdicción de carácter expreso que ante la inexistencia de Convenios internacionales aplicables se verá desplazada por el artículo 25 del RBI bis relativo a la prórroga de la competencia<sup>18</sup>.

Dicha disposición permite a las partes, con independencia de su domicilio, acordar el sometimiento de sus controversias a los tribunales de un Estado miembro<sup>19</sup>. Es decir, cualquier cláusula inclui-

<sup>18</sup> En relación a la *prorrogatio fori* y *derogatio fori* entre otros, F. GARAU SOBRINO, "Los acuerdos atributivos de jurisdicción en Derecho procesal civil internacional español", *Cuadernos de Derecho Transnacional*, vol. 2, nº2, Octubre 2010, pp. 53 y ss.

<sup>19</sup> Sobre tal cuestión, *vid.* P.A. DE MIGUEL ASENSIO, "El nuevo Reglamento sobre competencia judicial y reconocimiento y ejecución de resoluciones", *La Ley*, XXXIV, nº8013, 2013, pp.1-4; A.P. ABARCA JUNCO (Dir.), "La competencia judicial de los tribunales españoles: Foro de la autonomía de la voluntad", *Derecho Internacional Privado*, Madrid, UNED, 2013, pp. 134 y ss.

da en un contrato de utilización de buque<sup>20</sup> o en los contratos auxiliares de la navegación<sup>21</sup> que atribuya jurisdicción para conocer de una controversia determinada a un tribunal de un Estado miembro de la UE, con independencia de que las partes tengan o no sus domicilios ubicados en la UE, se regirá en cuanto a su validez por lo dispuesto en el mencionado artículo.

**13.** El mencionado artículo 25 del RBI bis regula además otras cuestiones no menos significativas. Entre ellas la designación como ley rectora para verificar la validez material de los acuerdos de prórroga de la competencia la ley del Estado miembro designado como competente para conocer de la controversia. O incluso se recoge expresamente en su apartado 5 la completa autonomía de los acuerdos atributivos de competencia que formen parte de un contrato sobre el resto de cláusulas del contrato<sup>22</sup>.

Frente a ello, la norma contenida en el artículo 468 de la LNM recoge una interpretación muy restrictiva en cuanto a la operatividad de la *derogatio fori* de los Tribunales españoles ante la existencia de un acuerdo atributivo de jurisdicción a un tribunal extranjero o a un arbitraje en el extranjero, advirtiendo de la nulidad de toda cláusula que no haya sido negociada de forma individual y separada al contrato principal<sup>23</sup>.

En consecuencia, esto supone que para aquellos casos en los que el tribunal o tribunales extranjeros designados por las partes como competentes para conocer del litigio mediante acuerdo atributivo de jurisdicción no estén ubicados en un Estado miembro del RBI bis o no sean parte de un Convenio internacional en vigor en España que contemple o ampare tal posibilidad de autorregulación procesal de las partes, será aplicable el régimen contenido en el mencionado artículo de la ley española, debiéndose entender que si no se cumple con las condiciones exigidas por esta norma en los contratos de utilización de buque o en los contratos auxiliares de navegación la cláusula del contrato que recoja la sumisión expresa a tribunal extranjero será nula y se tendrá por no puesta.

Si esto fuera así y los tribunales españoles tuviesen competencia según los foros objetivos alternativos establecidos en el artículo 469 de la LNM (domicilio del demandado, lugar de celebración del contrato y puerto de carga o descarga para los contratos de utilización de buque; y domicilio del demandado, lugar de celebración del contrato y lugar de prestación de los servicios en lo que respecta los contratos auxiliares de navegación) podría suscitarse un problema de cara al reconocimiento y/o ejecución de la sentencia y respecto a su validez extraterritorial<sup>24</sup>.

Es más, no debe obviarse la circunstancia procesal de que el tribunal de ese tercer Estado designado como competente para conocer del litigio en virtud de la referida cláusula de sumisión expresa entre a conocer de la controversia con independencia de la nulidad advertida por la norma española y de su aplicación por parte de los tribunales españoles.

**14.** En efecto, cabe plantear dos cuestiones que quedan abiertas: la primera es que si una vez declarada nula la cláusula de sumisión expresa por los tribunales nacionales, y en aplicación de lo dispuesto en el artículo 469, pudiera llegar a considerarse el foro que atribuya competencia a los tribunales españoles como un criterio competencial exorbitante que en fase de reconocimiento y ejecución de sentencia se acabe calificando como claudicante. La segunda cuestión irresuelta se concreta en cómo poder prever o anticipar si la sentencia emitida por el tribunal del tercer Estado designado como competente

<sup>20</sup> Sobre los contratos de utilización de buque, entre otros: A. RECALDE CASTELLS, “Los contratos de utilización del buque”, A. EMPARANZA SOBEJANO Y J.M MARTÍN OSANTE, *Estudio Sistemático de la Propuesta de Anteproyecto de Ley General de la Navegación Marítima*, Gobierno Vasco, Dpto. de Transporte y Obras Públicas, 2006, pp. 253-287.

<sup>21</sup> En relación a los contratos auxiliares de la navegación, entre otros: F.C. LÓPEZ RUEDA, “De los contratos auxiliares de la navegación”, en A. EMPARANZA SOBEJANO Y J.M MARTÍN OSANTE, *Estudio Sistemático de la Propuesta de Anteproyecto de Ley General de la Navegación Marítima*, Gobierno Vasco, Dpto. de Transporte y Obras Públicas, 2006, pp. 415-479.

<sup>22</sup> Artículo 25.5 RBI bis: “Un acuerdo atributivo de competencia que forme parte de un contrato será considerado como un acuerdo independiente de las demás cláusulas del contrato. La validez del acuerdo atributivo de competencia no podrá ser impugnada por la sola razón de la invalidez del contrato”.

<sup>23</sup> Véase P.A. DE MIGUEL ASENSIO, “Los acuerdos de jurisdicción en la nueva Ley de Navegación Marítima de 17 de septiembre de 2014, (Recuperado de: <http://pedromiguelasensio.blogspot.com.es/2014/10/los-acuerdos-de-jurisdiccion-en-la-lnm>).

<sup>24</sup> M. GÓMEZ GENE, “Las cláusulas de jurisdicción y arbitraje en la nueva ley de navegación marítima”, *Cuadernos de Derecho Transnacional*, vol.6, nº2, Octubre 2014, pp. 118 y ss.

para conocer según lo dispuesto en el acuerdo atributivo de jurisdicción será o no reconocida en nuestro ordenamiento jurídico<sup>25</sup>.

En definitiva, esta previsión normativa recogida en la LNM supone un condicionante limitador de la autonomía de la voluntad de las partes para la elección de la jurisdicción competente, choca frontalmente con la realidad actual del sector y actúa en detrimento de la seguridad jurídica.

Por otro lado, cabe destacar además que contiene una consciente imprecisión en las reglas de litispendencia y conexidad que premia al más veloz en la interposición de la acción, permitiendo divergencias en el resultado jurídico final dependiendo de si la demanda se interpone ante la jurisdicción del tribunal de ese tercer Estado designado como competente en el acuerdo atributivo de jurisdicción que decidirá si tiene o no competencia para conocer según su ordenamiento jurídico nacional o ante los tribunales españoles con la pretensión de conseguir primero una declaración de nulidad de esa cláusula atributiva de jurisdicción no negociada de forma individual y separada (art.468 de la ley española)<sup>26</sup>, y después que el procedimiento se dilucide ante ellos, siempre y cuando, eso sí, tengan competencia para conocer según los foros contemplados en el artículo 469<sup>27</sup>.

Se trata, en definitiva, de un precepto controvertido que el legislador nacional ha pretendido justificar esgrimiendo en el preámbulo de la propia ley ciertos argumentos ya advertidos, nada concluyentes y de dudosa relevancia en cuanto a los efectos que pueda causar en el propio sector del comercio marítimo internacional<sup>28</sup>.

Cabe afirmar que una orientación como la plasmada en la LNM, contraria a flexibilizar los requisitos formales que han de cumplirse como premisa para estimar la validez de un pacto atributivo de jurisdicción, perjudica una solución equilibrada entre, por un lado, los objetivos que demandan proteger a las partes contractuales frente a cláusulas subrepticamente introducidas y por otro el objetivo de tratar de evitar un anacrónico afán formalista que entumezca el comercio internacional.

En definitiva, una exigencia formal (negociar individual y separadamente un acuerdo de sumisión a una jurisdicción extranjera para una concreta tipología de contratos) no debe de ningún modo condicionar o limitar la adecuación y validez plena de un acuerdo atributivo de jurisdicción que se adapte a los hábitos que las partes tuvieran establecidos o fueran conformes a los usos de su particular sector comercial internacional.

Sin duda, la precisión de la extensión y límites de la autonomía de la voluntad para la materialización de los acuerdos de elección del tribunal competente forma parte de un debate de enorme interés para nuestra disciplina de Derecho internacional privado y que aflora permanentemente en el estudio de este particular sector del Derecho del transporte internacional.

Por ello, la visión que proyecta el artículo 468 implica una restricción de la voluntad de las partes para la elección del foro jurisdiccional que no se sustenta en términos jurídicos y evidencia asimismo una desconfianza hacia la autonomía de las partes que transgrede la consagrada práctica o costumbre y usos del sector<sup>29</sup>.

**15. Otro argumento que permite fundamentar esta percepción de un actuar legislativo interno a "contracorriente" de la tendencia europea e internacional es que el texto de la LNM se desmarca del**

<sup>25</sup> Sobre este particular, J.M. GONZÁLEZ PELLICER, "Sobre el artículo 468 del Proyecto de Navegación Marítima y la nulidad de las cláusulas de elección de foro en los conocimientos de embarque", *La Ley*, nº 8354, Sección Doctrina, 15 de julio de 2014, Año XXXV, pp. 8 y ss.

<sup>26</sup> En relación a ello, entre otros: J.J. ÁLVAREZ RUBIO/ U. BELITXON MARTÍN, "La nueva Ley de Navegación Marítima desde la perspectiva del Derecho internacional", A. EMPARANZA SOBEJANO/J.M. MARTÍN OSANTE (Dir.), *Comentarios sobre la Ley de Navegación Marítima*, Madrid, Marcial Pons, 2015, pp. 807-831.

<sup>27</sup> Respecto a la litispendencia y conexidad internacionales puede verse M. VIRGÓS SORIANO / F.J. GARCIMARTÍN ALFÉREZ, *Derecho Procesal Civil Internacional. Litigación internacional*, Pamplona, Thomson-Civitas, 2007, pp. 362-381.

<sup>28</sup> Concretamente en este apartado de la ley se dispone, en relación al capítulo dedicado a las especialidades de jurisdicción y competencia tiene como finalidad (respetando la aplicación preferente de las normas contenidas en los Convenios internacionales y en el Derecho de la UE), "[...] tratar de evitar los abusos detectados declarando la nulidad de la 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 navegación, cuando no hayan sido negociadas individual y separadamente".

<sup>29</sup> J.J. ÁLVAREZ RUBIO, "Transporte Marítimo Internacional de Mercancías: alcance material y conflictual de la Autonomía contractual", *AEDIPR*, t. VIII, *Iprolex*, 2008, pp. 558-559.

posicionamiento y orientación adoptada por el Convenio de La Haya de 30 de junio de 2005 sobre Acuerdos de Elección de Foro. Esta nueva norma convencional dispone en su artículo 1.1 relativo al ámbito de aplicación del Convenio que se aplicará en situaciones internacionales a los acuerdos exclusivos de elección de foro<sup>30</sup>, y que dedica su artículo 3 a la finalidad de establecer el significado de un acuerdo exclusivo de elección de foro, sus características formales, y el carácter de acuerdo autónomo o independiente respecto al resto de cláusulas contractuales cuando forme parte de un contrato.

Se trata de un texto internacional de indudable interés científico y práctico que habrá que analizarse en su posible aplicación sobre el particular sector del Derecho marítimo y los contratos auxiliares de la navegación (contrato de gestión naval, contrato de consignación de buques, contrato de practicaje y contrato de manipulación portuaria)<sup>31</sup>, debido a la extensa lista de las materias excluidas del ámbito de aplicación del Convenio recogidas en su artículo 2, y que advierte entre otras cuestiones que no se aplicará a los acuerdos exclusivos de elección de foro en materia de transporte de pasajeros y de mercancías, contaminación marina, limitación de responsabilidad por demandas en materia marítima, las averías gruesas, así como el remolque y salvamento marítimos en caso de emergencia.

Si atendemos a la estricta calificación de los contratos auxiliares de la navegación como contratos funcionalmente instrumentales respecto a la navegación marítima y a lo dispuesto en el Informe explicativo del Convenio de 30 de junio de 2005 sobre Acuerdos de Elección de Foro<sup>32</sup>, debemos prever que el Convenio será aplicable a este tipo de contratos del ámbito del Derecho marítimo.

El Convenio sobre Acuerdos de Elección de Foro contribuye de manera eficaz al fomento de la autonomía de las partes en las transacciones comerciales internacionales y a una mayor previsibilidad de las resoluciones judiciales relativas a esas transacciones. Además de ello garantiza a las partes la seguridad jurídica, el respeto necesario al acuerdo de elección de foro y que la resolución dictada por el tribunal elegido será reconocida y ejecutada.

En efecto, este instrumento internacional puede tener un desarrollo prometedor en el tráfico transnacional y en los litigios comerciales internacionales, y permitirá garantizar la seguridad jurídica y la previsibilidad de resultado. Una norma de carácter doble que regula tanto la competencia judicial internacional como el reconocimiento y ejecución de decisiones<sup>33</sup>.

**16.** Por todo ello debe reiterarse el escaso recorrido práctico que tendrán las previsiones restrictivas de los artículos 468 y 469 de la LNM en su prospección internacional sobre los contratos auxiliares de la navegación, es decir aquellos supuestos en los que el tribunal o tribunales extranjeros designados por las partes mediante acuerdos atributivos de jurisdicción no estén ubicados en un Estado miembro del RBI bis o en Estados que no sean parte de un Convenio internacional del que forme parte España y que contemple o ampare la posibilidad de que las partes regulen este aspecto procesal civil internacional.

Además, los ya citados y especiales caracteres del transporte marítimo han ido consolidando la formación progresiva de unos “usos” específicos de dicho sector, que está teniendo una influencia decisiva sobre la resolución de las controversias marítimas, así como sobre la determinación de la Ley aplicable a las mismas.

---

<sup>30</sup> En relación a la aprobación por parte de la UE del Convenio de La Haya de 2005 que permitirá la entrada en vigor del mismo tras el depósito del instrumento de aprobación por parte de la UE en el plazo de un mes desde el 5 de junio de 2015, según lo establecido en el artículo 2 la propia Decisión del Consejo, dado que México se adhirió al Convenio en 2007 y tan solo se exige que dos Estados sean parte de él para su entrada en vigor, véase el propio texto del Decisión (2014/887/UE) del Consejo de 4 de diciembre de 2014, relativa a la aprobación, en nombre de la Unión Europea, del Convenio de La Haya, de 30 de junio de 2005, sobre Acuerdos de Elección de foro.

<sup>31</sup> Puede verse sobre los contratos auxiliares de la navegación entre otros, F.C. LÓPEZ RUEDA, “De los contratos auxiliares de la navegación”, A. EMPARANZA SOBEJANO (Dir.), *Estudio sistemático de la Propuesta de Anteproyecto de Ley General de la Navegación Marítima*, Vitoria-Gasteiz, Servicio Central de Publicaciones del Gobierno Vasco, 2006, pp. 415- 479; véase también sobre el contrato de practicaje como contrato auxiliar de la navegación marítima, I. ZURUTUZA ARIGITA, *El practicaje*, Madrid, Marcial Pons, 2013, pp. 176-181.

<sup>32</sup> T. HARLEY / M. DOGAUCHI, *Informe explicativo del Convenio de 30 de junio de 2005 sobre Acuerdos de Elección de Foro*, Texto adoptado durante la Vigésima Sesión, Editado por la oficina permanente de la Conferencia. (Recuperado de: [www.hcch.net/upload/exp137s.pdf](http://www.hcch.net/upload/exp137s.pdf)).

<sup>33</sup> Sobre los elementos fundamentales del Convenio puede verse el excelente trabajo de R. ARENAS GARCÍA, “La aprobación por la UE del Convenio de La Haya sobre acuerdos de elección de foro: un cruce de caminos”, *La Ley*, nº22, enero de 2015, pp. 35-45.

Son esos “usos” los que están provocando una interpretación flexible de los requisitos formales y sustanciales que toda cláusula de elección de foro debería satisfacer. Dicha interpretación favorece una “presunción” del cumplimiento de tales requisitos, que, habida cuenta de la práctica marítima, parece compatible únicamente con la figura del cargador, en cuanto parte originaria del contrato frente al porteador.

De esta manera, la duda que se plantea es si debe defenderse una interpretación amplia o restringida respecto a la noción de los “usos” del comercio marítimo internacional y sus efectos sobre tales sujetos. Conforme a la primera, cargador y tercero, en cuanto participantes del tráfico marítimo, estarían expuestos y por ende obligados –ambos– a conocer los “usos” de dicho tráfico, entre ellos, la presencia habitual de cláusulas de elección de foro presentes en un conocimiento de embarque o en una *charter-party*.

Ello supondría apoyar la existencia de un consentimiento y conocimiento “presuntos” de los mismos, que justificaría que la cláusula arbitral -o de foro- sería oponible a cualquiera de ellos, sin exigirse especiales requisitos formales y sustanciales.

Desde luego, el proceso flexibilizador que se proyecta en el sector sobre la validez de las cláusulas de foro y arbitrales marítimas no tiene por qué suponer una progresiva indefensión de la figura del tercero. De hecho, la misma proclamación que el legislador español ha realizado, tras la Ley 60/2003, de una *lex mercatoria* reguladora del convenio arbitral, estaría confirmando la fuerza de los usos del tráfico comercial internacional y, en cierta forma también, el triunfo de esos intereses<sup>34</sup>. Unos intereses que, en último término, pueden favorecer el apoyo de una interpretación flexible y amplia en la valoración -formal y sustancial- de este tipo de cláusulas.

#### IV. Conclusiones finales

**17.** La determinación del régimen normativo aplicable a las cláusulas atributivas de jurisdicción contenidas en los conocimientos de embarque suscita un debate jurídico que el Auto de la AAP de Barcelona de 13 de febrero de 2019 resuelve de forma acertada, al subrayar la primacía en la aplicación del artículo 25 del Reglamento 1215/2012 (Bruselas IBis) sobre las previsiones contenidas en la Ley de Navegación Marítima española. La interacción entre los diversos bloques normativos que confluyen en este sector del transporte marítimo internacional de mercancías exige descender a cada caso en concreto para poder así seleccionar de forma acertada la norma al amparo de la cual ha de ser analizada su extensión y límites.

El elenco de bloques normativos en presencia (de fuente convencional, institucional e interna) que convergen en nuestro ordenamiento español plantea un debate jurídico en torno a la necesaria delimitación y selección del régimen jurídico aplicable a cuestiones claves o troncales tales como la concreción del régimen de derechos y obligaciones de las partes o toda la dimensión procesal civil internacional y en particular la cuestión, abordada con acierto en la sentencia ahora comentada, y que queda vinculada al papel que haya de reconocerse a la autonomía de la voluntad de las partes en el plano de la jurisdicción.

**18.** En nuestro caso, el ordenamiento español suma a los retos derivados de tal hipertrofia legal la evidencia de una incoherencia regulatoria que distorsiona la interacción entre bloques normativos, ya que cabe cuestionar en qué medida la LNM atiende o logra cumplir sus fines u objetivos, que según el propio Preámbulo se concretan en la pretensión, literal, de *homogeneizar el ordenamiento jurídico español con el Derecho marítimo internacional, aportar seguridad jurídica al garantizar la coordinación entre las normas españolas, europeas y los Convenios internacionales vigentes, reflejar la realidad práctica actual del transporte marítimo y eliminar las carencias que se han detectado en relación a una pluralidad de intereses nacionales cuya tutela debe ser reforzada en diversos ámbitos materiales como el de la seguridad de la navegación o la protección del medio marino*, entre otros.

La LNM consagra normativamente una suerte de híbrido legal entre las previsiones contenidas en la Reglas de La Haya-Visby y las Reglas de Hamburgo. En el texto de la Ley tan solo hay una mínima

<sup>34</sup> Ley 60/2003, de 23 de diciembre, de Arbitraje. BOE nº309, de 26 de diciembre de 2003. Sobre el sistema en vigor aplicable a las cláusulas arbitrales marítimas que desplaza la aplicación práctica en materia de arbitraje del artículo 468 LNM, entre otros puede verse el estudio de R. ESPINOSA CALABUIG, “Las cláusulas arbitrales marítimas a la luz de los “usos” del tráfico comercial internacional”, *Revista Electrónica de Estudios Internacionales (REEI)*, 13, junio 2007, pp. 5 y 6.



referencia a la multimodalidad que está claramente orientada en línea con la previsión de las Reglas de Rotterdam, pero realmente la LNM no adopta sino que se aleja del régimen de responsabilidad previsto en el Convenio internacional (Rotterdam) que ha sido ratificado por España.

**19.** La permanente interacción de los distintos bloques normativos en presencia, exige una respetuosa consideración de las normas europeas e internacionales aplicables que condicionan indisponiblemente la orientación que deben advertir las normas internas del sector. La más que discutible orientación del artículo 468 LNM, en su afán de otorgar un proteccionismo si no obsoleto si al menos superado en la práctica de este sector a nivel internacional no va a dejar de plantear distorsiones en su proyección práctica, y en particular, cuando la cláusula de jurisdicción remita a un país fuera de la Unión Europea.

Para los supuestos *ad intra* en la Unión Europea es absolutamente necesario ser conscientes de que en la actualidad cabe hablar de un DIPr. de la integración como consecuencia de la propia evolución de la sociedad internacional. Los procesos de integración económica y jurídica que han aflorado a nivel mundial en los últimos años han modificado el tradicional sistema de fuentes normativo de los particulares ordenamientos jurídicos estatales al incorporar el denominado Derecho institucional.

**20.** Bajo la cobertura argumental de una orientación genéricamente tuitiva o protectora de intereses de terceros el artículo 468 de la LNM española exige la concurrencia de dos premisas o requisitos para validar una cláusula de sometimiento a tribunales extranjeros y queda muy alejada de las coherentes y respetuosas soluciones contenidas en materia de jurisdicción y arbitraje por el Convenio de Hamburgo de 1978 (artículos 21 y 22 respectivamente) y el Convenio UNCITRAL de 2008 (artículos 66 a 77), que permiten garantizar mediante el juego de la autonomía de la voluntad de las partes la aplicación de los usos y costumbres comerciales del sector.

Tales premisas, claramente alejadas de la citada práctica y usos del sector, consisten en la exigencia de una negociación individualizada y separada de las mismas. La LNM rema en esta troncal materia a contracorriente, y obsesionada con la salvaguardia del principio de seguridad jurídica (que toda ley debe observar, ex artículo 9.3 CE) prioriza la consecución de tal principio hasta el punto de restar operatividad al consagrado valor del favor *negotii*.

**21.** Finalmente cabe advertir que la visión del legislador respecto a la validez de tales cláusulas está mal orientada. Un enfoque razonable hubiera sido aquél que pusiera el acento en la dimensión procesal del reconocimiento de las mismas en España; esto es, una dimensión *ad intra* y no *ad extra*, como la finalmente adoptada por la LNM. Dicha inadecuación de la previsión interna frente a la orientación regulatoria que caracteriza al propio Derecho europeo y a las normas convencionales del sector respecto a la admisión de los acuerdos atributivos de jurisdicción a favor de tribunales extranjeros va a implicar que tal regulación contenida en la LNM vaya a tener escasa repercusión práctic

# LA CONFIGURACIÓN DE LA VENTA ON LINE DE PRODUCTOS DE LUJO EN LOS SISTEMAS DE DISTRIBUCIÓN SELECTIVA

## THE CONFIGURATION OF THE ON LINE SALE OF LUXURY PRODUCTS IN SELECTIVE DISTRIBUTION SYSTEM

ISABEL ANTÓN JUÁREZ

*Profesora ayudante doctora de Derecho Internacional privado  
(acreditada a contratado doctor)*

*Universidad Carlos III de Madrid*

ORCID ID: 0000-0002-5369-2301

Recibido: 11.06.2019 / Aceptado: 12.07.2019

DOI: <https://doi.org/10.20318/cdt.2019.4968>

**Resumen:** La pertenencia a una red de distribución selectiva puede ser muy positivo para un distribuidor oficial. Esto es así porque puede beneficiarse del prestigio de la marca que comercializa. Este beneficio tiene su contrapartida y es que el distribuidor oficial debe acatar las reglas que el titular de la red le impone contractualmente. Uno de los aspectos en los que se puede ver condicionado y afectar a su actividad empresarial es en lo relativo a la venta *on line*. El titular de la red va a poder justificar restricciones en las ventas *on line* de sus distribuidores oficiales en aras de proteger el prestigio de la marca sin vulnerar las normas europeas de competencia. Esto se traduce en que al distribuidor oficial se le podría prohibir la venta en determinadas plataformas de comercio electrónico. Se podría decir que la situación actual beneficia a los titulares de las redes oficiales de distribución, ya que amparados en las normas europeas de competencia pueden incorporar cláusulas en los contratos de distribución selectiva que les permitan un gran control sobre la venta *on line* de sus distribuidores oficiales.

**Palabras clave:** producto de lujo, marca, distribución selectiva, venta *on line*.

**Abstract:** Being a member to a selective distribution network can be very positive for an official distributor. This is because the distributor can benefit from the prestige of the brand. This benefit has its opposite side because the official distributor must abide the rules that the owner of the network imposes contractually. One of the aspects in which the official distributor can see conditioned and affect its business activity is in relation to online sales. This is so because the owner of the network will be able to justify restrictions on the online sales of their official distributors in order to protect the prestige of the brand without violating European competition rules. This means that the official distributor could be prohibited from selling on certain e-commerce platforms. It could be said that the current situation benefits the holders of the official distribution networks, since covered by the European competition rules may incorporate clauses in the selective distribution contracts that allow them a great control over the online sale of their official distributors.

**Keywords:** luxury product, trademark, selective distribution, ecommerce.

**Sumario:** I. Introducción. II. La venta *on line*. III. Elementos claves en un contrato de distribución selectiva. IV. La configuración de las ventas *on line* realizadas por el distribuidor oficial de productos de lujo en atención a las normas de competencia europeas. 1. Consideraciones generales. 2. La página web como canal de venta alternativo. 3. La exigencia de establecimiento físico para poder vender *on line*. 4. Los criterios cualitativos en la venta *on line*. 5. La prohibición al distribuidor oficial de vender en plataformas de *e-commerce* de terceros. A) Aproximación inicial. B) La visión

del TJUE en el asunto *Coty*. C) Aspectos sin resolver. V. Cláusulas concretas: qué incluir y que no incluir en un contrato de distribución selectiva para la configuración de la comercialización *on line* de productos de lujo.

## I. Introducción

1. Los productos de lujo suelen comercializarse mediante redes de distribución selectiva. Como estudiaremos, estas redes se caracterizan principalmente por elegir a sus miembros en atención a criterios cualitativos<sup>1</sup>. Criterios que permiten potenciar la imagen de prestigio de la marca en el mercado<sup>2</sup>. Los contratos de distribución selectiva han aumentado considerablemente en estos últimos diez años<sup>3</sup>. Una de las razones a las que apunta la Comisión Europea es debido al protagonismo que ha cobrado el comercio *on line*<sup>4</sup>. Los fabricantes y proveedores celebran con más asiduidad contratos de distribución selectiva porque es una de las vías más adecuadas para controlar las redes de distribución. Por lo tanto, es posible afirmar que el impacto del *ecommerce* en todas las áreas (en lo jurídico, hábitos de consumo, en las relaciones sociales...) es innegable. En el presente trabajo se va a poner en relieve una de las parcelas en la que el comercio electrónico ha presentado gran influencia, y es en la configuración de las redes de distribución de productos de lujo. En particular, en la incidencia que presentan las decisiones de los titulares de las redes de distribución selectiva para configurar la venta *on line* de esos productos de lujo para el Derecho de la competencia europeo.

2. En la actualidad, conforme a las normas de competencia europeas, el titular de estas redes debe permitir a los distribuidores oficiales la venta de estos productos tanto en un punto de venta físico como *on line*. Sin embargo, tras la STJUE de 6 de diciembre en el asunto *Coty* se podría decir que esa libertad de los distribuidores se ha visto limitada en favor de proteger la imagen de prestigio y *glamour* de los productos considerados de lujo<sup>5</sup>.

En definitiva, se analizará hasta dónde se puede controlar el titular de la red al distribuidor oficial en la comercialización por Internet de los productos sin vulnerar con ese control el Derecho europeo de la competencia.

De este modo, el presente trabajo se va a dividir en dos partes diferenciadas. En la primera, se analizará sobre lo que dispone el Derecho de la competencia en relación a la libertad del titular de una red de distribución selectiva en configurar la venta *on line* de sus distribuidores oficiales. Para ello se utilizarán varios instrumentos jurídicos como es el *Reglamento 330/2010 de la Comisión, de 20 de abril de 2010, relativo a la aplicación del 101.1 apartado 3 del Tratado de Funcionamiento de la Unión Europea a determinadas categorías de acuerdos y prácticas concertadas* (en adelante, R. 330/2010)<sup>6</sup> y las *Directrices que acompañan a este Reglamento*<sup>7</sup>. En la segunda parte, se analizarán los aspectos

<sup>1</sup> Sobre la distribución selectiva *vid* sin carácter exhaustivo, R. ALONSO SOTO, "Tipología de los contratos de distribución comercial", en A. ALONSO UREBA/ L. VELASCO SAN PEDRO/ C. ALONSO LEDESMA/ J. A. ECHEBARRÍA SÁENZ/ A.J. VIERA GONZÁLEZ (dirs.), *Los contratos de distribución*, La ley, Madrid, 2010, pp. 59-72; F. CARBAJO CASCÓN, "El contrato de distribución selectiva", en J. IGNACIO RUIZ PERIS/ J. MARTÍ MIRAVALLS, *Contratos de distribución: agencia, distribución, concesión, franquicia, suministro y estimatorio*, Atelier, Barcelona, 2018; M.A DOMÍNGUEZ GARCÍA, "Los contratos de distribución: agencia mercantil y concesión comercial", en A. L. CALVO CARAVACA/ L. FERNÁNDEZ DE LA GÁNDARA, *Contratos internacionales*, Madrid, 1997, pp. 1276 y ss; A. ESPINIELLA MENÉNDEZ, *El contrato de distribución comercial internacional*, Thomson Reuters Aranzadi, Navarra, pp. 95 y ss.; A. FONT RIBAS, *Mercado Común y distribución: la distribución exclusiva y selectiva a través de representantes y concesionarios*, Bosch, Barcelona, 1987; C. GÓRRIZ LÓPEZ, *Distribución selectiva y comercio paralelo*, Thomson-Civitas, Madrid, 2007, pp. 31-49; V. KORAH/ D. O'SULLIVAN, *Distribution agreements under EC competition rules*, Oxford-Portland, Oregon, 2002, pp. 7 y ss.; J. RODRÍGUEZ RODRIGO, *Contratos internacionales de Distribución Comercial en el Derecho Internacional Privado de la Unión Europea*, Comares, Granada, 2013, pp. 231-244.

<sup>2</sup> STJUE de 23 de abril de 2009, *Copad c. Christian Dior*, C- 59/08, ECLI:EU:C:2009:260.

<sup>3</sup> Informe de la Comisión al Consejo y al parlamento europeo. Informe final de la investigación sectorial sobre el comercio electrónico, p. 6.

<sup>4</sup> *Ibidem*, p. 6.

<sup>5</sup> STJUE de 6 de diciembre de 2017, *Coty Germany*, C-230/16, ECLI:EU:C:2017:941

<sup>6</sup> DOUE L 102/1, de 23 de abril de 2010.

<sup>7</sup> DOUE C 130/1 de 19 de mayo de 2010.

claves de un contrato de distribución selectiva para así posteriormente señalar qué cláusulas concretas se podrían incluir en él para que el titular de la red ejerza un fuerte control sobre la venta *on line* de sus distribuidores oficiales sin lesionar las normas de competencia europeas.

## II. La venta *on line*

3. Internet es el gran escaparate mundial. Prueba de ello son las cifras actuales. En el año 2017, 1.770 millones de personas compraron mediante Internet. Dichas ventas supusieron cerca de 15.000 billones de dólares<sup>8</sup>. Hoy en día no es ninguna novedad señalar que todo aquél que quiera mantener o hacer crecer su negocio sabe que tiene que estar presente en la red. Las marcas de lujo no son menos y necesitan también de Internet para seguir adelante. Así brevemente podemos decir que Internet ha supuesto las siguientes consecuencias<sup>9</sup>:

- 1) *Eliminación de barreras de entrada*. La presencia de Internet ha hecho que los mercados pierdan territorialidad. Esto hace que el mercado tienda a ser mundial. Es más, dentro del Espacio Económico Europeo, Internet se ha traducido en más mercado único, dilución de las barreras de entrada, pérdida de protagonismo de los mercados nacionales.
- 2) *El surgimiento de nuevos operadores*. Plataformas de comercio electrónico o los también denominados agregadores de información han dado lugar a nuevas vías para vender productos. Internet ha permitido que aparezcan nuevos gigantes. Entre ellos, en el sector de la distribución comercial se podrían destacar a los sobradamente conocidos, *Amazon* o *Alibaba*.
- 3) *Mayor competencia*. Ya no sólo se compete con los empresarios del área geográfica donde esté radicado el establecimiento físico, sino que se compete con todo aquél que ofrezca el mismo tipo de bien o servicio en la red. Esta situación puede plantear una doble valencia. Por un lado, la competencia es mayor, y por lo tanto, puede influir en los precios, teniendo los oferentes que ajustarlos. Por el otro, el número de clientes a los que se puede llegar con Internet es también más numeroso.
- 4) *Ventajas para el consumidor*. Internet no sólo permite llevar a cabo una compra cómoda sin costes de desplazamientos, sino que también es una herramienta clave para la compra *offline*. El consumidor cuando desea comprar un producto en una tienda física, es muy frecuente que primero lleve a cabo un rastreo en la red con el fin de comparar precios y productos de diferentes marcas.
- 5) *Ventajas para el que vende su producto y/o servicio*. Una página web donde ofertar los productos permite al que los vende conocer mejor las preferencias de sus potenciales clientes. El vendedor puede mediante el número de veces que se accede a un producto saber si puede llegar a interesar al cliente. Esto permite tomar decisiones de organización en cuanto al stock que sobre determinados productos se debería disponer en la tienda física. Internet también permite gestionar mejor lo que en el sector de la distribución minorista actualmente denominan *clienteling*. El *clienteling* se podría decir que es una técnica de venta que consiste en ofrecer al cliente un servicio personalizado en atención a sus preferencias o gustos en base a los datos que ese establecimiento tiene sobre el cliente. El *big data* y el servicio preventa en el *retail* de marcas de lujo se unen con el fin de fidelizar lo más posible a la clientela a través de un trato exquisito. Internet ha supuesto un gran avance en el *retail* de lujo porque ha permitido que las grandes marcas puedan almacenar en la nube los datos de sus clientes. Así, la tienda de la marca de lujo X sita en la calle Serrano de Madrid a través de estos sistemas podría disponer de los datos de un cliente de la marca que compra en cualquier otra parte del mundo.

<sup>8</sup> Resulta interesante el informe la consultora *Deloitte* relativo al año 2017 sobre la distribución minorista <https://www2.deloitte.com/content/dam/Deloitte/mx/Documents/consumer-business/Global-Powers-of-Retailing-2017-Espa.pdf>

<sup>9</sup> Vid sobre este particular, L. A. VELASCO SAN PEDRO/ C. HERRERO SUÁREZ, <<Mercados electrónicos, marcas y Derecho de la competencia>>, en L.A VELASCO SAN PEDRO.J.A./ECHEBARRÍA SÁENZ/ C. HERRERO SUÁREZ, *Acuerdos horizontales, mercados electrónicos y otras cuestiones actuales de competencia y distribución* (Valladolid, Lex Nova-Thomson Reuters,2014, pp. 566-570.

- 6) *Infracciones de Derechos de Propiedad intelectual e industrial*. Internet es una selva, se puede encontrar de todo vendido por cualquiera. Y todo ello, con las consecuencias que implica para los Derechos de Propiedad Industrial e Intelectual (*en adelante DPII*). Las descargas ilegales de contenidos protegidos por derechos de autor son numerosas a diario, de igual manera que la venta de falsificaciones de productos de marca o la apropiación de nombres de dominio<sup>10</sup>.
- 7) *Auge del comercio paralelo*. Internet es un medio ideal para que agentes independientes puedan dar salida a los productos de una marca renombrada. Estos distribuidores no oficiales consiguen los productos debido, entre otras razones, a la deslealtad de algún miembro de la red oficial de distribución<sup>11</sup>. Bien mediante una página propia, o mediante una plataforma de comercio electrónico los productos de marca pueden llegar al consumidor a un precio bastante inferior al que vende la red oficial. La red de redes permite que estos agentes reduzcan costes, ya que, *ad ex.*, pueden prescindir de un establecimiento físico o de personal a su servicio. En definitiva, no tienen que hacer frente a todos los costes que implica pertenecer a una red oficial de distribución en el caso de las marcas de lujo.

### III. Elementos claves en un contrato de distribución selectiva

4. Desde el punto de vista de las normas de competencia, los titulares de las redes oficiales de distribución de productos de lujo tienen una amplia libertad para crear sus redes de distribución selectiva. Éstas son un método de distribución que permite la diferenciación de un producto en el mercado. Hoy en día, la elevada competencia hace necesario que se cree una demanda específica. Esto se hace mediante técnicas de diferenciación del producto frente a otros del mismo tipo y naturaleza. Esto es posible cuando el tipo de producto permite su venta con amplios márgenes de ganancia. Así, en los productos que se venden conforme a estos sistemas, los distribuidores no suelen competir por el precio sino por la calidad de los productos ofertados. Uno de los aspectos esenciales para crear estos sistemas de distribución selectiva en los productos de lujo reside en la configuración contractual de la red. En torno a ello, consideramos que tres son los aspectos esenciales:

- 1) *Elección de distribuidores conforme a criterios cualitativos*. Como ya se ha señalado, el sistema de venta en la distribución selectiva se forma en torno a las cualidades de los vendedores. Dichas cualidades deben basarse en criterios objetivos y específicos que van en consonancia con la naturaleza del producto, *ad ex.*, dimensiones del local donde se va a vender el producto, su ubicación, posibilidad de prestar servicios preventa (información) y posventa (reparaciones, mantenimiento, reclamaciones)<sup>12</sup>. Por lo tanto, no cualquiera puede ser distribuidor de estos productos. La elección de los distribuidores es indirecta, ya que si un distribuidor cumple los criterios exigidos por la red se le debería admitir dentro de la misma. Aunque principalmente la elección se basa en criterios cualitativos como los mencionados anteriormente, no hay que descartar que el fabricante y/o proveedor también podría utilizar criterios cuantitativos para elegir a sus distribuidores autorizados. El *R. 330/2010* ni sus *Directrices* prohíben que los criterios cuantitativos puedan estar presentes como criterios de elección de distribuidores (*Directrices 175-177*). Así en principio, un sistema de distribución selectiva podría combinar criterios cualitativos y cuantitativos en la elección de sus miembros, siempre que estos criterios sean específicos<sup>13</sup>. La necesidad de dicha combinación

<sup>10</sup> Sobre este último particular, *vid.* M. MONTEAGUDO MONEDERO, "Legal Tech y protección de las marcas", en M. BARRIO ANDRÉS, *Legal Tech. La transformación digital de la abogacía*, La Ley, Madrid, 2019, pp. 279-292.

<sup>11</sup> La deslealtad del distribuidor oficial puede presentar diferentes consecuencias jurídicas en atención al ángulo mediante el cual se enfoque el problema, así puede plantearse de un incumplimiento contractual, de una infracción marcaria o de un ilícito antitrust, para un mayor detalle *vid.* I. ANTÓN JUÁREZ, *La distribución y el comercio paralelo en la Unión Europea*, Madrid, La Ley, 2015, pp.83, 203-205 y 287-289.

<sup>12</sup> F. CARBAJO CASCÓN. "El contrato de distribución selectiva", en J. IGNACIO RUIZ PERIS/ J. MARTÍ MIRAVALLS, *Contratos de distribución: agencia, distribución, concesión, franquicia, suministro y estimatorio*, Atelier, Barcelona, 2018, p. 94.

<sup>13</sup> I. ANTÓN JUÁREZ, *La distribución y ...*, p. 78.

podría estar justificada en el caso de redes en los que existen distribuidores mayoristas y minoristas. La limitación del número de distribuidores por zona evita que una concentración excesiva de operadores pueda dañar la imagen de marca<sup>14</sup>.

- 2) *Prohibición de venta a terceros ajenos a la red oficial de distribución.* Una de las cláusulas claves de un contrato de distribución selectiva es la prohibición de que los miembros oficiales de la red vendan los productos objetos del contrato a terceros ajenos a la red. Esta imposición pretende evitar que los productos caigan en manos de comerciantes ajenos a la red oficial, produciéndose así el fenómeno conocido como comercio paralelo o importaciones paralelas. El comercio paralelo es la reventa de productos, generalmente de marca, al margen de la red oficial de distribución. Sin ánimo a entrar más en detalle porque se alejaría del objeto del presente trabajo, simplemente señalar que con el fin de evitar el comercio paralelo, el distribuidor que pertenece a una red de distribución selectiva sólo puede vender los productos o servicios contractuales: a) *A otros miembros de la red*, ya sean mayoristas o minoristas –esto es lo que se conoce como suministros cruzados–; b) *A consumidores finales*. La libertad de reventa del distribuidor oficial se restringe en aras de proteger la red oficial de distribución de intromisiones. Este tipo de cláusulas a pesar de que restringen la competencia, están permitidas. Las autoridades de competencia consideran que la distribución selectiva presenta importantes ventajas para la competencia, puesto que hace más eficiente la distribución de productos de prestigio (Directriz 175). Aun así, las normas de competencia exigen que esta prohibición de venta deba limitarse al territorio o territorios en los que el proveedor haya establecido la red de distribución selectiva (art. 4.b-iii R.330/2010). De este modo, *a sensu contrario*, dicha restricción de venta no sería lícita para el Derecho de la competencia si se exigiera en zonas donde no está instaurada la red de distribución selectiva.
- 3) *Venta en establecimientos autorizados.* La exigencia al distribuidor de que venda únicamente en los locales autorizados por el proveedor está permitida por el art. 4.c) R. 330/2010. La licitud de este tipo de cláusulas va en consonancia con la naturaleza de la distribución selectiva. Es decir, si para ser miembro de la red el distribuidor debe superar un examen cualitativo, el local es uno de los aspectos esenciales para superar dicho examen. No se puede olvidar que buena parte de dichos requisitos recaen sobre las características del establecimiento donde opera el distribuidor. Así, carecería de sentido que el distribuidor pudiera ir abriendo puntos de venta sin contar con la aprobación del titular de la red. Una vez entendido el sentido de la exigencia del visto bueno a los locales donde opera un distribuidor autorizado, es necesario resolver una cuestión inherente a lo anterior, y es, si es posible que el proveedor se niegue a autorizar un punto de venta aun cumpliendo los criterios cualitativos que la red exige. Hay autores que consideran que si los nuevos puntos de venta cumplen los criterios de calidad que la red exige no es posible que el titular de la misma se niegue a que el distribuir opere en ellos<sup>15</sup>. Este razonamiento podría ser perfectamente válido en los sistemas de distribución selectiva puramente cualitativos<sup>16</sup>. En estos sistemas basados en requisitos de acceso objetivos, el titular de la red debe permitir el acceso a todo aquél que cumpla con los requisitos exigidos. Del mismo modo, en base a la misma lógica, se debería admitir nuevos puntos de venta en tanto en cuanto cumplan con los requisitos que la red exige. La cuestión planteada todavía podría cobrar más sentido en los sistemas de distribución selectiva cuantitativos. Así, cabría plantearse si es posible denegar la apertura de nuevos establecimientos por parte de un distribuidor autorizado que cumplen los criterios de calidad de la red en base a que el titular no quiere tener más de un número determinados de establecimientos por área geográfica en la que opera. La respuesta podría venir de la mano de la Directriz 185 sobre restricciones verticales. Esta Directriz señala que la inclusión de cláusulas de situación puede estar justificada cuando se pretendan proteger inversiones importantes realizadas por el distribuidor autorizado. Esto permite evitar que otros miembros de la red le hagan competencia y que las

<sup>14</sup> F. CARBAJO CASCÓN, *Sistemas de distribución ...*, p. 143

<sup>15</sup> C. GÓRRIZ LÓPEZ, *Distribución selectiva y comercio paralelo*, Thomson Civitas, Madrid, 2007, p. 61.

<sup>16</sup> F. CARBAJO CASCÓN, *Sistemas de distribución ...*, p. 160.

inversiones realizadas se conviertan en inversiones cautivas. Esto podría justificar el rechazo a abrir nuevos establecimientos a pesar de cumplir con los criterios cualitativos que la red exige. Por lo tanto, en atención a lo anterior, las cláusulas de localización pueden cumplir dos funciones<sup>17</sup>: 1) Como vía de control de que los requisitos para pertenecer a la red se cumplen por el distribuidor autorizado; 2) Como vía para evitar inversiones cautivas en los sistemas de distribución selectiva cuantitativa.

#### **IV. La configuración de las ventas *on line* realizadas por el distribuidor oficial de productos de lujo en atención a las normas de competencia europeas**

##### **1. Consideraciones generales**

5. En atención a las normas europeas de competencia, el distribuidor oficial tiene la posibilidad de vender no sólo en su establecimiento físico sino también mediante Internet. A pesar de que el R.330/2010 no establece nada al respecto, de las Directrices sí que puede extraerse la anterior afirmación. La Directriz 52 sobre restricciones verticales señala que el distribuidor tiene total libertad para vender sus productos *on line*. Por lo tanto, los proveedores no van a poder reservarse las ventas por Internet y prohibirlas a sus distribuidores oficiales. Esto es así debido a que las ventas *on line* son consideradas generalmente por el Derecho de la competencia europeo como *ventas pasivas*.

6. La consideración general de las ventas *on line* como ventas pasivas y que por tanto no pueden prohibirse por el proveedor presenta una excepción. La Directriz 53 recoge que es posible la restricción de este tipo de ventas cuando pueden llevar a una venta activa. Así, la misma Directriz señala que la promoción o publicidad *on line* dirigida a un territorio o grupo de clientes asignados en exclusiva a otro distribuidor miembro de la red puede ser restringida y quedar exenta por el R.330/2010. Por lo tanto, las ventas *on line* de un distribuidor autorizado que contrata los servicios de un motor de búsqueda para publicar un anuncio en un territorio asignado a otro distribuidor podrían quedar restringidas<sup>18</sup>. Esto es así porque dichas ventas son consideradas activas<sup>19</sup>. Sin embargo, no deben correr la misma suerte las ventas solicitadas por un comprador que visitando la web del distribuidor oficial decide acabar comprando, ya que, estas ventas son consideradas pasivas.

##### **2. La página web como canal de venta alternativo**

7. La prohibición a los miembros de una red de distribución selectiva que vendan en un establecimiento que no haya sido autorizado permite plantearse la consideración que tiene para este tipo de redes la venta *on line*. En atención a lo expuesto anteriormente, un portal web no se puede considerar un establecimiento, sino un lugar para promocionar y vender bienes. Aun así, en muchas ocasiones las redes oficiales pretender guardarse para sí las ventas por Internet y prohibir a los distribuidores oficiales las mismas. Los argumentos en los que se basan dichas prohibiciones suelen ir dirigidos a evitar que la venta *por Internet* dañe el prestigio de la marca o la consideración de dichas ventas como activas, lo

<sup>17</sup> *Ibidem*, p. 161.

<sup>18</sup> F. CARBAJO CASCÓN, *Sistemas de distribución selectiva. Aspectos concurrenciales, contractuales y marcarios*, La Ley, Madrid, 2013, p. 195; R. WISH/D. BAILEY, *Competition Law*, 7th edition, Oxford University Press, 2015, p. 667.

<sup>19</sup> Hay autores que consideran que no debería diferenciarse entre ventas activas y ventas pasivas cuando se utiliza Internet como canal de venta. El razonamiento es que para estos autores la red ha eliminado los costes que el consumidor debe soportar para comparar el precio de los productos vendidos por diferentes distribuidores. Así, la calificación de las ventas como activas o pasivas sólo tiene sentido en la venta en establecimiento físico, en la que el cliente debe desplazarse a otra zona que no es la suya para poder comparar el precio de los productos. Por lo tanto, si dicha calificación no está presente en las ventas online, el proveedor debería tener la posibilidad de restringir las ventas por Internet a sus distribuidores oficiales. *Vid.* T. BUETNER/ A. COSCELLI/ T. VERGÉ/ R. WINTER, "An economic analysis of the Use of Selective distribution by Luxury Goods Suppliers", *European Competition Journal*, vol 5, nº1, abril 2009, pp. 224-224.

cual provoca la invasión de territorios asignados en exclusiva<sup>20</sup>. En este sentido, el TJUE ha señalado que una cláusula que restrinja la venta de distribuidores oficiales por Internet podría ser considerada contraria al art. 101.1 TFUE por restringir la competencia por objeto y no quedar exenta en base al R.330/2010, ya que una página web no es otro establecimiento<sup>21</sup>.

8. En el mismo sentido, la Directriz 57 sobre restricciones verticales señala que “*es posible impedir a distribuidores autorizados que desarrollen su actividad comercial en locales diferentes o que abran un nuevo establecimiento en un emplazamiento diferente. En este contexto, el uso por un distribuidor de su propia página web no puede asimilarse a la apertura de un nuevo local en un emplazamiento diferente*”. Por lo tanto, la protección de la imagen y el prestigio de la marca no es un motivo suficiente para las normas de competencia que permita justificar la prohibición absoluta de vender por Internet a distribuidores selectivos. Es más, el hecho de que el proveedor no pueda prohibir las ventas activas ni pasivas al distribuidor selectivo minorista (art. 4.c) R.330/2010) le da mucha libertad a éste a la hora de comercializar los productos, pudiendo decidir si elige Internet o no como canal de venta<sup>22</sup>. No sucede lo mismo con el distribuidor mayorista selectivo, al cual en atención al art. 4.b.ii R.330/2010, cuyas ventas a usuarios finales pueden quedar restringidas da lugar a que sus ventas *on line* se limiten<sup>23</sup>.

### 3. La exigencia de establecimiento físico para poder vender *on line*

9. Como se ha venido analizando, los titulares de las redes de distribución selectiva no pueden prohibir directa ni indirectamente las ventas *on line* a sus miembros. Sin embargo, esto no quiere decir que no puedan establecer condiciones o límites a dichas ventas, incluso restringirlas parcial o totalmente cuando las circunstancias y el contexto así lo requieren. Una de estas exigencias al distribuidor oficial para que pueda operar en línea es que cuente con un establecimiento físico<sup>24</sup>. Sobre este particular podríamos diferenciar dos posiciones al respecto:

- 1) *Libertad a favor del titular de la red oficial para que decida si exige o no establecimiento físico*. Si las ventas *on line* se consideran un canal alternativo a la venta en tienda física y no como un establecimiento virtual, podría ser posible que los proveedores pudieran exigir a sus distribuidores que cuenten con un establecimiento físico<sup>25</sup>. Esta exigencia presenta una ventaja evidente: le permite al proveedor evitar los distribuidores *online* puros. Esto reduce la posibilidad de *parasitismo*. El titular de la red evita que distribuidores que venden exclusivamente por Internet puedan competir con distribuidores que venden únicamente mediante tiendas físicas. El proveedor puede llegar a la conclusión de que permitir el distribuidor *on line* puro podría suponer un agravio comparativo para los distribuidores que sólo operan *offline*, puesto que les estaría haciendo competencia un revendedor que soporta mucho menos gasto.

No obstante, que el proveedor pueda exigir un establecimiento físico junto con el portal web no quiere decir que lo acabe haciendo. La Directriz 54 recoge que el proveedor puede reclamar a sus distribuidores que tengan uno o más puntos de venta físicos como condición para ser miembro de la red pero que es posible cambiar dichos criterios de selección posteriormente siempre que dichos cambios no

<sup>20</sup> F. CARBAJO CASCÓN, *Sistemas de distribución ...*, p. 179

<sup>21</sup> STJUE de 13 de octubre de 2011, *Pierre Fabre Dermo-Cosmetique*, C-439/09, ECLI:EU:C:2011:649, apartados 56-58. Para comentarios de esta sentencia vid ad ex. C. DE FAVERI., “The Assessment of Selective Distribution Systems Post-Pierre Fabre”, *Global Antitrust Review*, 2014, pp. 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”, en *MPI Studies on Intellectual Property and Competition Law* (Surblytè G. (eds), vol. 23, Springer, 2015).

<sup>22</sup> I. FORTUNA DE OLIVEIRA, “Distribuição selectiva e Internet: alguns comentários”, *Actas de Derecho Industrial*, vol. 28, p. 199.

<sup>23</sup> F. CARBAJO CASCÓN, *Sistemas de distribución ...*, p. 184.

<sup>24</sup> I. FORTUNA DE OLIVEIRA, “Distribuição selectiva e...”, pp. 202-206

<sup>25</sup> P.VON HÜLSEN, “Ausgewählte praktische Probleme des selektiven Vertriebs aus Kartellrechtlicher Sicht, Zeitschrift für Vertriebsrecht”, *ZvertriebR*, 5/2012, 2012, p. 303.



impliquen ni directa ni indirectamente limitar las ventas en línea de los distribuidores. Es decir, el proveedor tiene libertad absoluta de organizar su red de distribución como considere oportuno, el principio constitucional de libertad de empresa le ampara. De este modo, el titular de la red podrá decidir si permite distribuidores *on line* puros o bien condiciona la venta mediante Internet a la existencia de un establecimiento físico previo. El titular lo que no puede hacer es permitir en un principio distribuidores que operan exclusivamente en línea y posteriormente exigirles como condición para poder seguir vendiendo en Internet que cuenten con algún establecimiento físico. Esta exigencia posterior daría lugar a una clara limitación de las ventas *on line*.

- 2) *La exigencia de establecimiento físico podría suponer una restricción de competencia en atención al art. 101 TFUE.* El TS en su sentencia de 22 de abril de 2016 considera que la exigencia de establecimiento físico al distribuidor oficial podría no estar justificada cuando las propiedades de los productos no necesitan la venta física. En este caso se trataba de perfumes de conocidas marcas de lujo vendidos *on line* por distribuidores no oficiales. El TS siguiendo a las instancias inferiores, analiza las exigencias que el titular de la red recoge en los contratos de distribución selectiva para comparar con las ventas que realiza el comerciante paralelo y así determinar si podría implicar una vulneración del derecho de marca. El alto Tribunal considera que exigir un establecimiento físico abierto al público excluye la competencia debido a que dejaría fuera a todos aquellos distribuidores que no cuentan con tal establecimiento. El TS entiende que cuando los productos por sus características no necesitan de la existencia de un establecimiento físico no se puede considerar que el incumplimiento de tales condiciones constituye un motivo legítimo que justifique la excepción al agotamiento del derecho de marca. El TS basa su razonamiento en el asunto *Pierre Fabre* de 13 de octubre de 2011<sup>26</sup>.

#### 4. Los criterios cualitativos en la venta *on line*

10. Del mismo modo que el titular de la red puede exigir criterios cualitativos para la venta física del producto también cabría preguntarse si cabe posibilidad de exigir criterios cualitativos para la venta *on line* y sobre todo cuáles. La Directriz 56 sobre restricciones verticales responde a este interrogante señalando que en los sistemas de distribución selectiva el titular de la red puede exigir el cumplimiento de determinadas exigencias para que se venda *por Internet*. Sin embargo, dichas exigencias no deben ser, en ningún caso, más gravosas que las exigidas para las ventas físicas.

11. Los criterios cualitativos, inherentes a la distribución selectiva, son criterios esenciales a seguir por un distribuidor si quiere ser parte de una red de distribución que comercializa productos de lujo y/o mantenerse en la misma. Estas exigencias cualitativas podrían entenderse que únicamente van dirigidas a la venta física. Sin embargo, en atención a las Directrices 54 y 56 se puede observar como los criterios cualitativos acordes con las políticas de prestigio de la marca también pueden exigirse al distribuidor en la venta en línea.

12. Estas exigencias cualitativas van dirigidas a mantener la buena imagen y calidad de la marca, no debiendo en ningún caso estas exigencias encubrir la prohibición de vender por Internet<sup>27</sup>. A este respecto, la Comisión ha entendido que los requisitos que se demandan por los titulares para la venta *on line* no deben ser en ningún caso más gravosos o severos que los exigidos para la venta en establecimiento físico<sup>28</sup>.

<sup>26</sup> STJUE de 13 de octubre de 2011, *Pierre Fabre Dermo-Cosmetique*, C-439/09, ECLI:EU:C:2011:649.

<sup>27</sup> F.G. KURTZ, "Internet-Handel und Selektive Vertriebssysteme", *GRIN Verlag*, 2011, pp. 12-13.

<sup>28</sup> M. FUENTES NAHARRO, "Distribución selectiva e internet: análisis de la problemática concurrencial del fenómeno desde las restricciones verticales a la libre competencia", *Revista de Derecho de la competencia y de la distribución* (Rcd), nº 6, pp. 134-140.

**13.** Dichos criterios no tiene por qué ser idénticos pero sí que deben perseguir los mismos objetivos, *ad ex.*, transmitir el *glamour* característico de la marca<sup>29</sup> o la calidad de sus productos<sup>30</sup>. Como ejemplo de estos requisitos, la Directriz 56 sobre restricciones verticales señala que el proveedor puede exigir a sus distribuidores que no vendan más de un determinado número de productos por cliente. Estas cláusulas de venta máxima permiten evitar la aparición de comercio paralelo. Otro requisito puede ser que el proveedor exija al distribuidor que venda un número mínimo de productos en su establecimiento físico para poder operar *on line*. Esto permite al proveedor asegurarse de que el establecimiento físico está operativo. Este tipo de exigencia es quizás más relevante cuando el proveedor pretende evitar operadores *on line* puros. Por último, otro de los criterios que señala la Comisión en la Directriz 56 es lo referente a los plazos de entrega. Si en la venta física se exige la entrega inmediata, en la venta por Internet no es posible tal exigencia. El objeto de este tipo de exigencias debe ser establecer unos estándares de calidad que la marca ofrece siempre con sus productos. De este modo, una entrega de un producto en un plazo de 24 horas mediante mensajería urgente es sinónimo de que dicha marca ofrece un servicio de calidad. Por lo tanto, podría ser un criterio equivalente a la entrega “en el momento” que se exige en el establecimiento físico.

Otro criterio que se suele exigir en los contratos de distribución selectiva es que los productos se vendan en la web propia del distribuidor junto con productos de la misma calidad. El no cumplir este criterio y vender los productos junto con otros de calidad inferior o de diferente gama puede considerarse un motivo legítimo a efectos del art. 36 de la Ley 17/2001, de 7 de diciembre, de Marcas<sup>31</sup>. Esto puede implicar el renacimiento del *ius prohibendi* del titular del signo y que no opere el agotamiento del derecho de marca<sup>32</sup>.

**14.** Además de los criterios señalados por la Comisión, el titular de la red puede demandar a sus distribuidores criterios técnicos que afecten al sitio web desde el que va a operar el distribuidor. *Ad ex.*, diseño y contenido del portal web o sistema de pago de las transacciones<sup>33</sup>.

**15.** La exigencia de unos mínimos de calidad al distribuidor autorizado que pretende vender *on line* permite al titular de la marca tener una baza contra los importadores paralelos que venden mediante Internet. Esto es así porque permite los tribunales a la hora de valorar si el comerciante paralelo que vende *por Internet* menoscaba o no la marca es comparar la forma de operar de dicho comerciante paralelo con la de los distribuidores oficiales, *ad ex.*, la SAP Barcelona de 5 de abril de 2019, núm. 3376/2019<sup>34</sup>, la SAP de Alicante de 26 de octubre de 2017 (sección 8), nº 427/2017<sup>35</sup>. Anteriores a éstas y que han establecido el camino a seguir *ad ex.* la SAP de Alicante (sección 8ª) núm. 352/2008 de 14 octubre<sup>36</sup>. En este caso se condenó a un importador paralelo por lesionar la imagen de una marca debido a que éste no cumplía con las exigencias mínimas de calidad que se exigían a los distribuidores autorizados.

## 5. La prohibición al distribuidor oficial de vender en plataformas de *e-commerce* de terceros

### A) Aproximación inicial

**16.** Otra limitación que el proveedor podría llevar a cabo es exigir al distribuidor que venda desde una web propia y no desde plataformas de comercio electrónico. Esta prohibición impuesta al distribuidor de operar en plataformas *e-commerce* puede implicar una importante limitación en la organización del negocio del distribuidor. Esto es así por dos razones<sup>37</sup>: 1) este tipo de cláusulas permiten

<sup>29</sup> SAP Alicante de 17 de junio de 2013, núm. 265/2013, ECLI: ES:APA:2013:2076, FJ 5.

<sup>30</sup> SAP Barcelona de 5 de abril de 2019, núm. 3376/2019, ECLI: ES:APB:2019:3376.

<sup>31</sup> BOE núm. 294, de 8 de diciembre de 2001.

<sup>32</sup> SAP Barcelona de 5 de abril de 2019, núm. 3376/2019, ECLI: ES:APB:2019:3376., FD 7º.

<sup>33</sup> P.VON HÜLSEN, “Ausgewählte praktische Probleme...”, pp. 304 y ss.

<sup>34</sup> ECLI: ES:APB:2019:3376.

<sup>35</sup> ECLI: ES:APA:2017:268.

<sup>36</sup> ECLI: ES:APA:2008:2941

<sup>37</sup> F. CARBAJO CASCÓN, *Sistemas de distribución ...*, p. 196.

ejercer un importante control en la actividad del distribuidor. Esto permitiría al proveedor preservar la imagen de marca; 2) Estas cláusulas son una vía para limitar las oportunidades de negocio que Internet brinda al distribuidor. Así las cosas, cabría preguntarse si dicha prohibición podría ser contraria a las normas de competencia, en concreto al art. 101.1 TFUE.

17. La regla general que hemos venido destacando es la libertad del distribuidor para publicitar y vender los productos contractuales por Internet. Sin embargo, también se ha señalado, que dicha libertad se puede restringir en aras de buscar una consonancia entre la venta y el prestigio o la reputación de la marca. Ni el R. 330/2010 ni las Directrices recogen nada concreto al respecto. Sin embargo, el TJUE en su sentencia de 6 de diciembre de 2017 se ha pronunciado sobre ello<sup>38</sup>.

## B) La visión del TJUE en el asunto *Coty*

18. En este asunto se enfrentaban *Coty Germany* (filial del gigante estadounidense *Coty*) y un distribuidor oficial que operaba en el mercado alemán. *Coty* es una gran multinacional estadounidense, fabricante y proveedor de cosméticos, perfumes y otros productos relacionados con el cuidado y la belleza. Una de las razones del éxito de *Coty* es debido a que tiene en su poder numerosas licencias de marcas conocidas tales como *Calvin Klein*, *Chloé*, *Marc Jacob* y un largo etcétera. El problema radica en que el distribuidor oficial se niega a seguir las instrucciones de *Coty Germany* en cuanto a la política de venta *on line*. El gigante estadounidense de la cosmética no quiere que sus distribuidores oficiales vendan en plataformas *e-commerce* en las que es perceptible la intervención del tercero. En el caso concreto, *Coty Germany* quería prohibir la venta de sus productos de lujo a través de *Amazon*. La razón parece ser que descansaba en preservar la imagen de lujo de dichos productos.

19. En primera instancia, los tribunales alemanes dan la razón al distribuidor autorizado. Estos entienden que en atención a resoluciones anteriores del TJUE como *Pierre Fabre*, el proveedor estaría lesionando el art. 101.1 TFUE al limitar la venta *on line* de su distribuidor oficial a su propio sitio web y a plataformas donde no se perciba la intervención del tercero. Además, para este tribunal alemán tal cláusula no podría quedar exenta de prohibición conforme al R. 330/2010 por tener la consideración de especialmente grave<sup>39</sup>.

20. En la segunda instancia, el tribunal alemán remite una cuestión prejudicial al TJUE. La contestación del TJUE es lo que dar lugar a la STJUE de 6 de diciembre de 2017. Para el alto Tribunal europeo, la cláusula contractual que prohíbe a un distribuidor autorizado la venta de productos de lujo en plataformas de terceros en las que la intervención de éstos es evidente para el consumidor no sería contraria al art. 101.1 TFUE. Básicamente el TJUE sustenta su posición en dos argumentos:

1. *La prohibición debe ser adecuada al objetivo perseguido*. Para llegar a tal conclusión es necesario analizar la prohibición que impone *Coty* y qué persigue con la misma. En cuanto a la prohibición, el proveedor no prohíbe de forma absoluta la venta *on line* a su distribuidor autorizado. En realidad, *Coty* prohíbe un aspecto concreto: la imposibilidad de comercializar los productos en plataformas de terceros donde el consumidor pueda apreciar la intervención del tercero. No prohíbe ni si quiera la comercialización en todas las plataformas de

<sup>38</sup> STJUE de 6 de diciembre de 2017, *Coty Germany*, C-230/16, ECLI:EU:C:2017:941. Para comentarios sobre esta sentencia *vid.* entre la doctrina española, *ad ex.* I. ANTÓN JUÁREZ, “Los productos de lujo y su venta en Internet a través 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 (Rcd)*, nº 22, 2018, pp. 1-13; J. ARPIO SANTACRUZ, “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, pp. 329-332; A. ARROYO APARICIO, “Productos de lujo y distribución a través de plataformas de internet desde el Derecho europeo de la competencia” (TJUE C-230/16, asunto *Coty*), *Cuadernos de Derecho Transnacional*, vol. 11, nº 1, 2019, pp. 663-670.

<sup>39</sup> STJUE de 6 de diciembre de 2017, *Coty*, C-230/16, ECLI:EU:C:2017:941, apartado 17.

*e-commerce*. En cuanto al objetivo, éste debe ser lo suficientemente poderoso como para justificar tal restricción de competencia. *Coty* lo justifica en la preservación de la imagen de lujo. Para este proveedor, *Amazon* no se adecúa, en su forma de venta, a los criterios que su red de distribución selectiva exige a sus distribuidores para poder formar parte de la misma. En *Amazon* es posible encontrar todo tipo de productos. No se siguen los criterios de calidad típicos de la distribución selectiva. Incluso es posible encontrar productos falsificados junto con productos originales. Para llegar a saber si la venta en *Amazon* puede dañar la imagen de lujo los productos de la red de *Coty* sería necesario analizar los criterios que exige *Coty* para vender *on line* y cómo comercializa *Amazon* los productos mediante su plataforma.

2. *El proveedor o titular de la red debe tener posibilidad de controlar el entorno on line en el que venden los productos contractuales sus distribuidores oficiales*. Como se exponía anteriormente, en la distribución selectiva, los distribuidores autorizados son elegidos en atención a criterios cualitativos. Estos criterios de calidad se exigen al distribuidor oficial mediante un contrato, si no los cumple tiene consecuencias. Es decir, el distribuidor puede ser expulsado de la red oficial de distribución. Sin embargo, el proveedor o titular de la red no tiene ninguna vinculación contractual con la plataforma digital. Esto hace que no pueda exigirle ningún aspecto en relación a la necesidad de que cuide la venta *on line* para preservar la imagen de marca de sus productos<sup>40</sup>. Esta falta de control sobre la plataforma puede dañar la imagen de marca, por tanto, el TJUE entiende que se pueda prohibir al distribuidor oficial que sí que tiene vinculación contractual con el proveedor la venta en este tipo de plataformas digitales sin que ello suponga una lesión al art. 101.1 TFUE.

### C) Aspectos sin resolver

21. La sentencia del TJUE en el asunto *Coty* incide en un aspecto crucial para las empresas que comercializan productos de lujo y es que el valor inmaterial de una marca merece protección sin paliativos. Sin embargo, esta sentencia deja abierto otros problemas jurídicos actuales sobre la venta *on line* de productos de lujo tales como: 1º) si estas restricciones de competencia también podrían justificarse cuando el distribuidor oficial comercializa los productos en plataformas de *e-commerce* donde solo se venden productos de lujo; 2º) qué sucedería en los casos donde el propio proveedor/titular de la red comercializa los productos en plataformas de terceros generalistas como *Amazon*.

22. Desde nuestro punto de vista, las prohibiciones a los distribuidores oficiales en estos casos difícilmente podrían sustentarse a la luz de las normas de competencia europeas. Así, sería interesante tener en cuenta dos criterios para inclinar la balanza a favor del proveedor o del distribuidor oficial: 1) EL tipo de plataforma; 2) los criterios cualitativos que la red exige a sus distribuidores en la venta *on line*.

23. Las plataformas de comercio electrónico pueden ser muy variadas entre sí. Las hay que permiten que el vendedor pueda operar desde su propio sitio web o teniendo un espacio propio dentro del sitio. En contraposición, hay otras en las que la plataforma es la encargada de gestionar masivamente las ofertas, o incluso plataformas que combinan ambas opciones. Respecto a las primeras pueden existir dudas sobre si la marca se ve perjudicada por ese tipo de venta *on line*. Sin embargo, respecto a las plataformas de oferta masiva donde los productos de lujo pueden ser vendidos en la misma página junto con productos falsificados, productos defectuosos o junto con otros que nada tengan que ver con los del distribuidor oficial, la balanza se podría inclinar a favor del proveedor o titular de la red.

El hecho de que los productos de marca, objeto de distribución selectiva se vendan en páginas web de vendedores no autorizados junto con otros productos que nada tienen que ver, ha sido considerado por los tribunales españoles en diferentes ocasiones como un aspecto que puede dañar la imagen de la marca. Así, *ad ex.*, SAP Alicante de 17 de junio de 2013, núm. 265/2013<sup>41</sup>. En este tipo de plataformas

<sup>40</sup> *Ibidem*, apartado 48.

<sup>41</sup> AC 2013\1509.

la marca no sale fortalecida, más bien al contrario, su imagen y reputación es fácil que se debilite. Sin embargo, si la plataforma de *e-commerce* sólo vende productos del mismo tipo, de lujo y cuida de forma similar a como hace la red oficial los detalles en la venta del producto es difícil que pueda defenderse esta restricción de venta al distribuidor. Para ello será esencial atender al caso concreto<sup>42</sup>. Esto permitirá conocer la naturaleza del producto, los servicios preventa y posventa que se viene prestando en la venta física, los cuales son aspectos que permitirían saber si la prohibición de vender mediante una plataforma de comercio electrónico podría estar justificado o no.

#### **V. Cláusulas concretas: qué incluir y que no incluir en un contrato de distribución selectiva para la configuración de la comercialización *on line* de productos de lujo**

Una vez se tienen unos cimientos sólidos, es necesario pasar a construir el resto del edificio. Así, entendemos que la política de venta *on line* que se le va a exigir al distribuidor oficial no puede configurarse sin tener en cuenta los aspectos cruciales que señalamos anteriormente. De este modo, en atención a lo expuesto a lo largo del trabajo, se podría llegar a señalar en atención a las normas de competencia y la jurisprudencia del TJUE qué cláusulas sí podrían incluirse en un contrato de distribución selectiva y cuales no sería aconsejable para controlar la venta *on line* del distribuidor autorizado.

En cuanto a las cláusulas que sí pueden incluirse se podrían destacar los siguientes:

- i) La exigencia de criterios cualitativos para la venta *on line*. Estos criterios pueden ser tanto criterios técnicos relativos al sitio web (despliegues de pestañas, pasarela de pago, etc.) como relativos a la venta propiamente dicha (asesoramiento antes de la compra, plazos de entrega, política de devoluciones o que los productos se oferten con otros de la misma calidad y/o gama).
- ii) La restricción de venta en plataformas de terceros que no se adecúen a la imagen de prestigio y glamour por el que se caracteriza esa red oficial de distribución.
- iii) La exigencia de un establecimiento físico para poder vender en Internet.
- iv) La exigencia de un número de ventas mínimo en el punto de venta físico para poder operar *on line*.

En relación a las cláusulas que no podrían quedar amparadas por las normas de competencia, se podrían destacar:

- i) La prohibición absoluta de que el distribuidor venda en Internet.
- ii) La exigencia de que el distribuidor pague un precio superior por el producto que comercializa *on line* (Directriz 52)
- iii) La obligación de rescindir transacciones de clientes que pertenecen al territorio de otro distribuidor también parte de la red oficial cuando los datos de la tarjeta de crédito lo revelen (Directriz 52).

---

<sup>42</sup> F.Carbajo Cascón, , *Sistemas de distribución...*, pp. 201-202

# CRÓNICA DE JURISPRUDENCIAL LABORAL INTERNACIONAL. JULIO / DICIEMBRE 2018

## CHRONICLE OF INTERNATIONAL LABOR JURISPRUDENCE. JULY / DECEMBER 2018

ÁNGEL ARIAS DOMÍNGUEZ

*Catedrático de Derecho del Trabajo y de la Seguridad Social  
Universidad de Extremadura*

Recibido: 25.06.2019 / Aceptado: 02.09.2019

DOI: <https://doi.org/10.20318/cdt.2019.4969>

**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 el Informe del Comité de Libertad Sindical núm. 387, adoptado en su 334.<sup>a</sup> reunión (Ginebra, 25 de octubre – 8 de noviembre de 2018) refieran alguna problemática en relación al Reino de España.

Ocho sentencias del TEDH son objeto de comentario, seis que afectan directamente al estado Español, y otras dos, relativas a la influencia de la ética religiosa en el empleo y al devengo de las vacaciones no disfrutadas por fallecimiento del trabajador que pueden iluminar algunos aspectos de la legislación nacional.

La primera sentencia analizada del Tribunal de Justicia es la del 11 de julio de 2019 [asunto: C-60/17]. *Somoza Hermo c. Esabe Vigilancia* en un supuesto de subrogación contractual en transmisión de empresas por imperativo del convenio colectivo. Se trata comprobar si es posible que el convenio colectivo limite la responsabilidad solidaria característica de la normativa comunitaria en supuestos de transmisión de empresas.

La STJUE de 25 de julio de 2018 [asunto: C-96/17]. *Vernozza Ayovi c. Consorci Sanitari* analiza el sistema singular del sistema de extinción de los contratos de trabajo de los trabajadores indefinidos no fijos y su acomodación a la normativa comunitaria.

En la STJUE de 7 de agosto de 2018 [asunto: C-472/16]. *Colino Sigüenza c. Ayuntamiento de Valladolid* se aborda el problema de la si existe una transmisión de empresa cuando una empresa continua con una actividad tras el cese de la anterior empresa en una adjudicación pública (escuela municipal de música) si ha existido un tiempo sin actividad por parte de ninguna empresa.

La STJUE de 11 de septiembre de 2018 [asunto: C-68/17]. *IR c. JQ*, en un asunto que no afecta a España, analiza si las actividades profesionales cuya ética se sustenta en la religión pueden discriminar a un trabajador por haberse vuelto a casar sin haber anulado el anterior matrimonio. De lo que se trata es de averiguar qué requisitos y bajo qué condiciones es legítimo imponer que determinados trabajadores profesen la ética de la entidad religiosa para la que trabajan.

La STJUE de 19 de septiembre de 2018 [asunto: C-41/17]. *González Casto c. Mutua Umivale*, si afecta al ordenamiento español. Se trata de determinar si la evaluación de riesgos en el trabajo nocturno debe ser predicable de trabajadores que efectúan trabajo a turnos en los que alguno de ellos, efectivamente puede ser en horario nocturno, especialmente en aquellos casos en los que la trabajadora ha solicitado la prestación por riesgos durante la lactancia natura.

En la muy interesante S TJUE de 6 de noviembre de 2018 [asuntos acumulados: C-569/16 y C-570/16]. *Stadt Wuppertal y V.W c. M.B.* se analiza, para el ordenamiento jurídico alemán, qué ocurre con el disfrute de las vacaciones anuales retribuidas de aquellos trabajadores que no pudieron disfrutar de ellas aunque ya había trabajado tiempo suficiente para devengar una parte sustancial de las mismas.

Como resolución singular para nuestro ordenamiento debe citarse la S TJUE de 21 de noviembre de 2018 [asunto: C-619/17]. *Ministerio de Defensa c. Diego Porras II*, que versa sobre la indemnización que procede por terminación de un contrato de interinidad.

La STJUE de 21 de noviembre de 2018 [asunto: C-245/17]. *Viejobueno y Vara c. Consejería de Educación* aborda una problemática muy específica, la finalización de la relación laboral del docente al acabar el curso académico, y la discriminación que sufrirían los trabajadores por no disfrutar las vacaciones anuales retribuidas.

En el ámbito del TEDH se ha reseñado la sentencia de 6 de noviembre de 2018 en el Asunto: *Vicent del Campco c. España (demanda núm.: 25527/13)*, sobre responsabilidad patrimonial de la administración y acoso en lugar de trabajo. En un procedimiento para la exención de la responsabilidad de la Administración (educativa, en este caso) por no haber evitado una situación de acoso laboral en el trabajo se condena a la Administración a satisfacer una determinada cantidad económica a una víctima de acoso. Pero el Tribunal identifica al acosador por su nombre y apellidos y relata de manera detallada las circunstancias del caso. El acosador no sólo no había sido parte en el procedimiento Contencioso-Administrativo, sino que tampoco tenido conocimiento de la tramitación de dicho procedimiento. Se entiende perjudicado y acude al TEDH solicitando la reparación de su derecho pues entiende que se han vulnerado su derecho a la vida privada y familiar (art. 8) y su derecho a un proceso justo (art. 6).

**Palabras clave:** convenio colectivo, transmisión de empresas, trabajador indefinido no fijo, adjudicación de servicio público a otra empresa, discriminación por motivos religiosos, trabajo a turnos, trabajo nocturno, prevención de riesgos laborales, riesgo durante la lactancia natural, vacaciones anuales retribuidas, fallecimiento del trabajador, contrato de interinidad, indemnización por finalización de contrato, funcionarios docentes interinos, extinción objetiva del contrato de trabajo por falta de necesidades docentes, responsabilidad patrimonial de la Administración, procedimiento Contencioso-Administrativo, acoso en lugar de trabajo.

**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. Nor does the Report of the Committee on Freedom of Association, No. 387, adopted at its 334th meeting (Geneva, October 25 - November 8, 2018) refer to some problems in relation to the Kingdom of Spain.

Eight judgments of the ECHR are subject to comment, six that directly affect the Spanish state, and two others, relating to the influence of religious ethics on employment and the accrual of holidays not enjoyed due to the death of the worker that can illuminate some aspects of the national legislation.

The first judgment analyzed by the Court of Justice is that of July 11, 2019 [case: C-60/17]. *Somoza Hermo c. Esabe Surveillance* in a case of contractual subrogation in the transfer of companies by virtue of the collective agreement. The aim is to check whether it is possible for the collective agreement to limit the joint and several liability that is characteristic of Community legislation in cases of transfer of companies.

The S TJUE of 25 July 2018 [case: C-96/17]. *Vernoza Ayovi c. Consorci Sanitari* analyzes the singular system of the system of extinction of the work contracts of undefined non-fixed workers and their adaptation to the community regulations.

In the SJJE dated 7 August 2018 [case: C-472/16]. *Colin Sigüenza c. Valladolid City Council* addresses the problem of whether there is a transfer of company when a company continues with an activity after the cessation of the previous company in a public award (municipal music school) if there has been a time without activity by any company.

The SJJE of 11 September 2018 [case: C-68/17]. *IR c. JQ*, in a matter that does not affect Spain, analyzes whether professional activities whose ethics are based on religion can discriminate against a worker for having remarried without having annulled the previous marriage. What it is about is to find out what requirements and under what conditions it is legitimate to impose that certain workers profess the ethics of the religious entity for which they work.

The S CJEU of 19 September 2018 [case: C-41/17]. *González Casto c. Mutua Umivale*, does affect the Spanish legal system. The aim is to determine if the assessment of risks in night work should be predictable of workers who work shifts in which some of them can actually be at night, especially in those cases in which the worker has requested the benefit for risks during lactation natura.

In the very interesting S TJUE of November 6, 2018 [cumulative matters: C-569/16 and C-570/16]. *Stadt Wuppertal and V.W c. M.B.* it is analyzed, for the German legal system, what happens with the enjoyment of paid annual holidays of those workers who could not enjoy them even though they had already worked enough time to earn a substantial part of them.

As a singular resolution for our ordinance, the SJJEJ of November 21, 2018 [case: C-619/17] must be cited. *Ministry of Defense c. Diego Porrás II*, which deals with the compensation that comes from the termination of an interim contract.

The S TJUE of 21 November 2018 [case: C-245/17]. *Viejobueno y Vara c. The Ministry of Education* addresses a very specific problem, the termination of the teacher's employment relationship at the end of the academic year, and the discrimination suffered by workers for not enjoying the annual paid vacation.

In the field of the ECHR the sentence of November 6, 2018 in the Subject: *Vicent del Campco c. Spain* (demand no. : 25527/13), on property liability of the administration and harassment in place of work. In a procedure for the exemption of the responsibility of the Administration (educational, in this case) for not having avoided a situation of labor harassment at work, the Administration is condemned to satisfy a certain amount of money to a victim of harassment. But the Court identifies the harasser by his first and last name and tells in detail the circumstances of the case. The harasser not only had not been a party to the Contentious-Administrative proceedings, but also had no knowledge of the processing of said procedure. The injured party is considered to be in the ECHR requesting the reparation of his right, since he understands that his right to private and family life has been violated (Article 8) and his right to a fair trial (Article 6).

**Keywords:** collective agreement, transmission of companies, indefinite worker not fixed, adjudication of public service to another company, discrimination on religious grounds, night work, prevention of occupational hazards, risk during breastfeeding, paid annual holidays, death of the worker, interim contract, compensation for termination of contract, temporary teaching staff, objective termination of the employment contract due to lack of teaching needs, management liability of the Administration, contentious-Administrative Procedure, harassment in the workplace.

**Sumario:** I. Tribunal de Justicia de la Unión Europea. 1. Introducción. 2. S TJUE de 11 de julio de 2018 [asunto: C-60/17]. *Somoza Hermo c. Esabe Vigilancia*. Subrogación contractual en transmisión de empresas por imperativo del convenio colectivo. 3. S TJUE de 25 de julio de 2018 [asunto: C-96/17]. *Vernozza Ayovi c. Consorci Sanitari*. Trabajador indefinido no fijo. Diferencia de trato con el fijo. 4. S TJUE de 7 de agosto de 2018 [asunto: C-472/16]. *Colino Sigüenza c. Ayuntamiento de Valladolid*. Transmisión de empresa y mantenimiento de derecho de los trabajadores. 5. S TJUE de 11 de septiembre de 2018 [asunto: C-68/17]. *IR c. JQ*. Actividades profesionales cuya ética se sustenta en la religión. 6. S TJUE de 19 de septiembre de 2018 [asunto: C-41/17]. *González Casto c. Mutua Umivale*. Evaluación de riesgos en el trabajo nocturno. 7. S TJUE de 6 de noviembre de 2018 [asuntos acumulados: C-569/16 y C-570/16]. *Stadt Wuppertal y V.W c. M.B.* Fallecimiento del trabajador y abono de vacaciones. 8. S TJUE de 21 de noviembre de 2018 [asunto: C-619/17]. *Ministerio de Defensa c. Diego Porrás*. Indemnización por terminación de contrato de interinidad. 9. S TJUE de 21 de noviembre de 2018 [asunto: C-245/17]. *Viejobueno y Vara c. Consejería de Educación*. Finalización de la relación laboral del docente al acabar el curso académico. II. Tribunal Europeo de Derechos Humanos. 1. Introducción. 2. S TUDH de 6 de noviembre de 2018. Asunto: *Vicent del Campco c. España* (demanda núm.: 25527/13). Responsabilidad patrimonial de la administración y acoso en lugar de trabajo.

## 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 también dos resoluciones sobre ética religiosa en el trabajo y sobre la traducción del disfrute de vacaciones en indemnización económica en caso de fallecimiento sin haberlas disfrutado en su debido tiempo.

## **2. S TJUE de 11 de julio de 2018 [asunto: C-60/17]. *Somoza Hermo c. Esabe Vigilancia*. Subrogación contractual en transmisión de empresas por imperativo del convenio colectivo**

1. La petición de decisión prejudicial tiene por objeto la interpretación de los artículos 1, apartado 1, y 3, apartado 1, de la Directiva 2001/23/CE del Consejo, de 12 de marzo de 2001, sobre la aproximación de las legislaciones de los Estados miembros relativas al mantenimiento de los derechos de los trabajadores en caso de transmisiones de empresas, de centros de actividad o de partes de empresas o de centros de actividad.

La petición se ha presentado en el contexto de un litigio entre el Sr. Hermo contra Esabe Vigilancia y el Fondo de Garantía Salarial, en relación con el abono al Sr. Hermo de diferencias salariales y de prestaciones sociales complementarias correspondientes a los años 2010 a 2012.

2. Debe tenerse presente lo dispuesto en el artículo 44 del ET, y, además lo previsto en el artículo 14 del Convenio colectivo aplicable al caso (el estatal de las empresas de seguridad (BOE n.º 99, de 25 de abril de 2013) que establece: “*Dadas las especiales características y circunstancias de la actividad, que exigen la movilidad de los trabajadores de unos a otros puestos de trabajo, este artículo tiene como finalidad garantizar la estabilidad en el empleo de los trabajadores de este sector, aunque no la estabilidad en el puesto de trabajo, en base a la siguiente Normativa de aplicación a los servicios de vigilancia, sistemas de seguridad, protección personal y guardería particular de campo:*

### *A) Normativa de aplicación.*

*Cuando una empresa cese en la adjudicación de los servicios contratados de un cliente, público o privado, por rescisión, por cualquier causa, del contrato de arrendamiento de servicios, la nueva empresa adjudicataria está, en todo caso, obligada a subrogarse en los contratos de los trabajadores adscritos a dicho contrato y lugar de trabajo, cualquiera que sea la modalidad de contratación de los mismos, y/o categoría laboral, siempre que se acredite una antigüedad real mínima, de los trabajadores afectados en el servicio objeto de subrogación, de siete meses inmediatamente anteriores a la fecha en que la subrogación se produzca, incluyéndose en dicho período de permanencia las ausencias reglamentarias del trabajador del servicio subrogado establecidas en los artículos 45, 46 y 50 de este Convenio colectivo, las situaciones de Incapacidad Temporal y suspensiones disciplinarias, cualquiera que sea su causa, excluyéndose expresamente las excedencias reguladas en el artículo 48, salvo los trabajadores que hayan sido contratados por obra o servicio determinado.*

### *B) Obligaciones de las empresas cesante y adjudicataria.*

#### *B.1. Adjudicataria cesante: La Empresa cesante en el servicio:*

#### *3. Deberá atender, como único y exclusivo obligado:*

*a) Los pagos y cuotas derivados de la prestación del trabajo hasta el momento del cese en la adjudicación, y*

*b) la liquidación por todos los conceptos, incluidas vacaciones dado que la subrogación sólo implica para la nueva Empresa adjudicataria la obligación del mantenimiento del empleo de los trabajadores afectados”.*

3. Los hechos del litigio principal son los que siguen. El Sr. Hermo trabajaba como vigilante de seguridad por cuenta de Esabe, empresa adjudicataria del servicio de vigilancia de un Museo. En octubre de 2012 dicho servicio de vigilancia se adjudicó a otra empresa, Vigilancia Integrada, (Vinsa, en adelante), que se subrogó, a partir de esa fecha, en las obligaciones derivadas de los contratos de trabajo de los empleados de la anterior empresa adjudicataria del servicio, incluido el del Sr. Hermo.

La nueva empresa advirtió al Sr. Hermo que, según el Convenio colectivo de las empresas de seguridad, las diferencias salariales y de prestaciones sociales complementarias concedidas por Esabe correspondientes a los años 2010 a 2012 y pendientes de cobro debían ser abonadas por esta última.

Tanto Esabe como Ilunión se negaron a abonar al Sr. Hermo las cantidades reclamadas, presentando una demanda ante el Juzgado de lo Social con el fin de obtener el pago de tales sumas.

El órgano jurisdiccional estimó parcialmente la demanda y, basándose en el artículo 44 ET condenó a Esabe y a Vinsa al pago solidario de las deudas que no consideró prescritas.

Vinsa recurrió dicha sentencia en suplicación, alegando que la disposición aplicable no es el artículo 44 EE, sino el artículo 14 del Convenio colectivo de las empresas de seguridad, que obliga a la empresa adjudicataria a subrogarse en los derechos y obligaciones de la sociedad cedente derivados de los contratos de trabajo. Sostiene que esta subrogación la obliga únicamente a asumir las obligaciones derivadas de los contratos de trabajo a partir de la fecha de la adjudicación y la exime de las obligaciones anteriores a ella.

El Sr. Somoza Hermo también recurrió dicha sentencia en relación con las solicitudes de pago de las diferencias salariales que no habían sido estimadas.

Recuerda el órgano jurisdiccional remitente que el Tribunal Supremo ha declarado, en una sentencia de 7 de abril de 2016, que el artículo 14 del Convenio colectivo de las empresas de seguridad se refiere únicamente a la sucesión en el tiempo de dos empresas encargadas de la prestación de servicios de seguridad privada, obligando a que el cesionario se haga cargo de los trabajadores de la antigua empresa.

Ahora bien, según dicha sentencia, en los supuestos de sucesión de contratistas la subrogación no es aplicable el art. 44 ET si no se ha producido una transmisión de activos patrimoniales o una sucesión de plantillas en aquellos sectores en los que la actividad descansa fundamentalmente en la mano de obra.

En consecuencia, en estos casos, la subrogación se produce en virtud del convenio colectivo aplicable. Por tanto, la asunción de los trabajadores de la empresa anterior no responde al supuesto de sucesión en la plantilla derivado del hecho de que la nueva contratista se haga cargo voluntariamente de la mayoría de los trabajadores que prestaban servicios en la contrata. En estos casos la sucesión de la plantilla es el resultado del cumplimiento de las disposiciones establecidas en el convenio colectivo aplicable.

El órgano jurisdiccional remitente se pregunta si, en una actividad que descansa fundamentalmente en la mano de obra, está comprendida en el ámbito de aplicación de la Directiva 2001/23 la subrogación entre empresas que se produce a raíz de la transmisión de un contrato de servicios en virtud de un convenio colectivo que establece que la empresa cesionaria está obligada a hacerse cargo del personal de la anterior empresa adjudicataria.

Se trata de determinar, en definitiva, si una disposición del convenio colectivo aplicable que establece la exclusión de la responsabilidad solidaria del cedente y del cesionario en lo que respecta al cumplimiento de las obligaciones contractuales derivadas de los contratos de trabajo anteriores a la fecha de transmisión del servicio en cuestión es respetuosa con la directiva comunitaria.

Concretamente fórmula dos cuestiones.

En primer lugar si se aplica la directiva comunitaria cuando una empresa cesa en la adjudicación de los servicios contratados de un cliente por rescisión del contrato de arrendamiento de servicios donde la actividad se funda predominantemente en la mano de obra (vigilancia de las instalaciones), y la nueva adjudicataria del servicio se hace cargo de una parte esencial de la plantilla destinada en la ejecución de tal servicio, cuando tal subrogación en los contratos laborales se haga por imperativo de lo pactado en el convenio colectivo.

Y, en segundo lugar, y sólo en el caso de la primera respuesta fuese afirmativa, si es conforme con la Directiva una interpretación que sostenga que la solidaridad en las obligaciones anteriores no se aplica cuando la asunción de mano de obra por la nueva contratista viene impuesta por las previsiones del convenio colectivo del sector y dicho convenio excluye en su texto la solidaridad respecto de las obligaciones anteriores a la transmisión característica de la Directiva.

#### **4. Sobre la primera puesta cuestión prejudicial**

El Tribunal entiende que la Directiva se aplican a las transmisiones de empresa, o de centros de trabajo, o de partes de empresa, o centros de actividad, pero que el alcance de los términos de la misma no pueden determinarse basándose exclusivamente en la interpretación literal de los mismos.

Es, desde luego, aplicable en todos los supuestos de cambio, en el Marco de la relaciones contractuales, de la persona física o jurídica responsable de la explotación de la empresa que controla las

obligaciones del empresario respecto a los empleados de la misma. También es incontrovertible que, según la jurisprudencia evacuada sobre la Directiva, no es necesario que existan relaciones contractuales directas entre el cedente y el cesionario, pudiendo también producirse la cesión a través de un tercero.

Se entiende que es requisito indispensable para la aplicación de la directiva que la transmisión tenga por objeto una “*entidad económica que mantenga su identidad, entendida como un conjunto de medios organizados a fin de llevar a cabo una actividad económica, ya fuere esencial o accesoria*”. Para determinar si concurre efectivamente este requisito, han de tomarse en consideración todas las circunstancias de hecho que caracterizan la operación en cuestión, entre las cuales figuran, en particular, el tipo de empresa o de centro de actividad de que se trate, el que se hayan transmitido o no elementos materiales como los edificios o los bienes muebles, el valor de los elementos inmateriales en el momento de la transmisión, el hecho de que el nuevo empresario se haga cargo o no de la mayoría de los trabajadores, el que se haya transmitido o no la clientela, así como el grado de analogía de las actividades ejercidas antes y después de la transmisión.

De todo esto se le deduce que la existencia o no de una transmisión en el sentido de la directiva varía en función de la actividad ejercida, o incluso de los métodos de producción o de explotación utilizados en la empresa en el centro de trabajo de actividad, no pudiendo deducirse siempre una conclusión terminante con respecto a este punto.

Particularmente el Tribunal de Justicia ha declarado que, en la medida en que, en determinados sectores en los que la actividad descansa fundamentalmente en la mano de obra, un conjunto de trabajadores que ejerce de forma duradera una actividad común puede constituir una entidad económica, ha de admitirse que dicha entidad puede mantener su identidad aun después de su transmisión cuando el nuevo empresario no se limita a continuar con la actividad de que se trata, sino que además se hace cargo de una parte esencial, en términos de número y de competencias, del personal que su antecesor destinaba especialmente a dicha tarea.

En este supuesto, el nuevo empresario adquiere en efecto el conjunto organizado de elementos que le permitirá continuar las actividades o algunas actividades de la empresa cedente de forma estable.

En definitiva, que una actividad de vigilancia de un museo, como la aquí **debatida**, que no exige el uso de materiales específicos, puede considerarse una actividad que descansa fundamentalmente en la mano de obra y, por consiguiente, un conjunto de trabajadores que ejerce de forma duradera una actividad común de vigilancia puede considerarse como una entidad económica, exigiéndose, no obstante, que dicha entidad mantenga su identidad aun después de la operación de que se trate. De los datos fácticos obrantes se deduce la identidad de las actividades que desarrolla la nueva adquirente con el personal de la cedente, deduciéndose la identidad requerida por la norma.

Por tanto, y en conclusión, la directiva debe aplicarse a una situación en la que un arrendatario de servicios ha resuelto el contrato de prestación de servicios de vigilancia de instalaciones celebrado con una empresa y, a efectos de la ejecución de esta prestación, ha celebrado un nuevo contrato con otra empresa que se hace cargo, en virtud de un convenio colectivo, de una parte esencial, en términos de número y de competencias, del personal que la primera empresa destinaba a la ejecución de dicha prestación, siempre y cuando la operación vaya acompañada de la transmisión de una entidad económica entre las dos empresas afectadas.

**5.** La segunda cuestión prejudicial es resuelta en el sentido de que el tribunal no se considera competente para resolverla.

Haciendo suyas las alegaciones del gobierno español entiende que el tribunal de justicia no es competente para pronunciarse sobre la compatibilidad de determinadas disposiciones nacionales entre sí, ya que aquí, en realidad, estamos en presencia de un conflicto entre dos normas nacionales. Por un lado el art. 44 ET cuando establece la responsabilidad solidaria durante tres años de las obligaciones laborales nacidas con anterioridad a la transmisión. Y, en segundo lugar, del precepto del convenio colectivo aplicable que entiende la responsabilidad exclusiva del nuevo adquirente de los pagos y cuotas derivados de la prestación de trabajo hasta el momento del cese en la adjudicación, incluyéndose también todos los conceptos, incluidas vacaciones, dado que la subrogación solo implica para la nueva empresa adjudicataria la obligación del mantenimiento del empleo de los trabajadores afectados.

En definitiva, que la cuestión planteada versa sobre el examen de la conformidad de una disposición de un convenio colectivo con una disposición legislativa nacional del derecho interno, entendiéndose que el análisis de esta cuestión no es competencia del Tribunal de Justicia.

### **3. S TJUE de 25 de julio de 2018 [asunto: C-96/17]. *Vernaza Ayovi c. Consorci Sanitari. Trabajador indefinido no fijo. Diferencia de trato con el fijo***

1. La cuestión prejudicial tiene por objeto la interpretación de la cláusula 4, apartado 1, del Acuerdo marco sobre el trabajo de duración determinada de 1999 y el artículo 20 de la Carta de los Derechos Fundamentales de la Unión Europea. Dicha cuestión se plantea en un litigio entre la Sra. Vernaza Ayovi y el Consorci Sanitari de Terrassa en relación con el despido disciplinario del que fue objeto la Sra. Vernaza Ayovi.

La Sra. Vernaza Ayovi fue contratada en mayo de 2006 como enfermera por la Fundació Sant Llàtzer en el marco de un contrato de interinidad de sustitución de un trabajador. Finalizada la interinidad en agosto de 2006 fue de nuevo contratada en agosto de 2006. En diciembre de 2006 su contrato fue transformado en un contrato indefinido no fijo.

La Sra. Vernaza Ayovi disfrutó de una excedencia voluntaria para el período comprendido entre julio de 2011 y julio de 2012, que fue prorrogada en dos ocasiones por un período de un año. En junio de 2014 la Sra. Vernaza Ayovi solicitó su reincorporación. El Consorci Sanitari de Terrassa denegó su solicitud, alegando la inexistencia de puestos disponibles correspondientes a su cualificación.

En abril de 2016 la Sra. Vernaza Ayovi reiteró su solicitud de reincorporación. En mayo de 2016 el Consorci Sanitari de Terrassa le remitió un cuadrante de jornada basado en un puesto a jornada parcial. Toda vez que rechazaba un puesto que no fuera a jornada completa, la Sra. Vernaza Ayovi no se presentó en su centro de trabajo y fue despedida por esta razón en julio de 2016.

En agosto de 2016 la demandante interpuso una demanda ante el Juzgado de lo Social competente para que se declarase la improcedencia del despido y se condenase a su empleador a readmitirla en condiciones de trabajo idénticas a las que estaban en vigor antes de ser despedida y abonarle los salarios de tramitación o a abonarle la indemnización legal máxima en caso de despido improcedente.

El juzgado considera que la Sra. Vernaza Ayovi está incluida en el ámbito de aplicación del Acuerdo marco, en la medida en que su contrato de trabajo solo se transformó en indefinido no fijo tras la conclusión de dos contratos temporales de duración determinada, de manera que no se puede excluir que haya existido utilización abusiva de contratos de duración determinada. También tiene en consideración que no personal laboral fijo.

Por eso el Juzgado suspendió el procedimiento y planteo al Tribunal de Justicia varias cuestiones prejudiciales mediante las que pregunta el Acuerdo marco debe interpretarse en el sentido de que se opone a una norma nacional, como la controvertida en el litigio principal, según la cual, cuando el despido disciplinario de un trabajador fijo al servicio de una Administración pública es declarado improcedente, el trabajador deberá ser readmitido obligatoriamente, mientras que, en el mismo supuesto, un trabajador temporal o un trabajador indefinido no fijo que realicen las mismas tareas que el trabajador fijo pueden no ser readmitidos y recibir como contrapartida una indemnización.

2. El Tribunal recuerda que la Sra. Vernaza Ayovi está contratada con un contrato de trabajo de duración determinada, tanto desde el punto de vista del derecho nacional aplicable, como de la normativa comunitaria. 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.

El Tribunal de Justicia ha declarado que están comprendidas en dicho concepto las normas relativas al cálculo del plazo de preaviso en caso de finalización de los contratos de trabajo de duración determinada y las relativas a la indemnización concedida al trabajador por la finalización del contrato que le vincula con su empleador. Una interpretación del Acuerdo que excluyese los requisitos de finalización de un contrato de duración determinada de la definición de este concepto equivaldría a reducir el ámbito de aplicación de la protección concedida a los trabajadores temporales contra las discriminaciones.

Estas consideraciones son plenamente aplicables al régimen de reincorporación controvertido en el litigio principal, al que tiene derecho el trabajador fijo en caso de despido disciplinario considerado

improcedente, ya que tiene como razón de ser la relación de trabajo entre ese trabajador y su empresario. De ello se deduce que una indemnización como la controvertida en el litigio principal está incluida en el concepto de “condiciones de trabajo” del Acuerdo marco.

Procede recordar también 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 esté objetivamente justificado. El principio de no discriminación se ha aplicado en lo que respecta a las diferencias de trato entre trabajadores con contrato de duración determinada y trabajadores con contratos de duración indefinida que se encuentren en una situación comparable.

En el caso de autos incumbe al juzgado remitente, el único competente para examinar los hechos, determinar si la Sra. Vernaza Ayovi se encontraba en una situación comparable a la de los trabajadores fijos contratados por el mismo empresario durante el mismo período.

Es pacífico, no obstante, que existe una diferencia de trato entre los trabajadores fijos y los trabajadores indefinidos no fijos, como la Sra. Vernaza Ayovi, en relación con las consecuencias derivadas de un posible despido improcedente. Por ello, y sin perjuicio del examen definitivo que corresponde al juzgado remitente de la comparabilidad de la situación de un trabajador indefinido no fijo, como la Sra. Vernaza Ayovi, y la de un trabajador fijo a la luz de todos los elementos pertinentes, es preciso comprobar si existe una razón objetiva que justifique la diferencia de trato.

Se desprende de los autos en poder del Tribunal de Justicia y de las respuestas a las preguntas formuladas por el Tribunal de Justicia en la vista que la regla general aplicable en caso de despido improcedente establece que el empresario puede optar entre la readmisión o la indemnización del trabajador afectado. Por otra parte, como excepción a la mencionada norma general, los trabajadores fijos que prestan servicios para las administraciones públicas cuyo despido disciplinario es declarado improcedente deben ser readmitidos obligatoriamente.

El Gobierno español alega que esta diferencia de trato está justificada en virtud de las normas de contratación de esta categoría de trabajadores y del contexto específico en el que se produce su contratación. Esta diferencia inherente a las modalidades de contratación tiene por efecto, según las explicaciones del Gobierno español, que el personal laboral fijo, que no es funcionario, pero que cuando menos ha superado un proceso selectivo con arreglo a los principios de igualdad, mérito y capacidad, pueda beneficiarse de esta garantía de permanencia que constituye una excepción al régimen general del Derecho laboral.

Por consiguiente, es necesario considerar que la readmisión automática de los trabajadores fijos forma parte de un contexto muy diferente, desde un punto de vista fáctico y jurídico, de aquel en el que se encuentran los trabajadores que no son fijos. En estas circunstancias, cabe afirmar que la desigualdad de trato observada está 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. Procede responder a las cuestiones prejudiciales que el Acuerdo marco debe interpretarse en el sentido de que no se opone a una norma nacional, como la controvertida en el litigio principal, según la cual, cuando el despido disciplinario de un trabajador fijo al servicio de una Administración pública es declarado improcedente, el trabajador debe ser readmitido obligatoriamente, mientras que, en el mismo supuesto, un trabajador temporal o un trabajador indefinido no fijo que realicen las mismas tareas que el trabajador fijo pueden no ser readmitidos y recibir como contrapartida una indemnización.

#### **4. S TJUE de 7 de agosto de 2018 [asunto: C-472/16]. *Colino Sigüenza c. Ayuntamiento de Valladolid. Transmisión de empresa y mantenimiento de derecho de los trabajadores***

1. La petición de decisión prejudicial versa sobre la interpretación de la Directiva 2001/23/CE del Consejo, de 12 de marzo de 2001, sobre la aproximación de las legislaciones de los Estados miembros relativas al mantenimiento de los derechos de los trabajadores en caso de transmisiones de empresas, de centros de actividad o de partes de empresas o de centros de actividad.

La cuestión prejudicial se presenta en un litigio entre el Sr. Jorge Luis Colino Sigüenza, por una parte, y el Ayuntamiento de Valladolid, y otras empresas en relación con la licitud del despido del Sr. Colino Sigüenza en un procedimiento de despido colectivo.

El Sr. Colino Sigüenza estuvo empleado como profesor de música en la Escuela Municipal de Música de Valladolid desde noviembre de 1996. Al principio, la citada escuela estaba gestionada directamente por el Ayuntamiento de Valladolid, por lo que el Sr. Colino Sigüenza fue contratado inicialmente por esta Administración. Desde 1997 el Ayuntamiento de Valladolid dejó de gestionar directamente dicha escuela y publicó sucesivas licitaciones para la adjudicación de este servicio. El contratista seleccionado a raíz de estos procedimientos sucesivos fue, de forma ininterrumpida a partir de ese momento y hasta agosto de 2013, Músicos y Escuela, que prosiguió la actividad de la escuela al hacerse cargo de la gestión de los locales, del mobiliario y de los instrumentos necesarios para prestar el servicio.

Músicos y Escuela también asumió la relación laboral con una parte de los trabajadores que habían sido contratados por dicho Ayuntamiento, entre ellos el Sr. Colino Sigüenza. Esta actividad siguió percibiéndose como un servicio del Ayuntamiento de Valladolid a los ciudadanos, en tanto que escuela municipal de música. Debido a la disminución del número de alumnos en el curso académico 2012/2013 la empresa que gestionada el servicio solicitó al Ayuntamiento de Valladolid una concreta cantidad económica para seguir manteniendo el servicio.

El Ayuntamiento de Valladolid no quiso abonar dichas cantidad y la empresa Músicos y Escuela solicitó en febrero de 2013 la resolución del contrato de adjudicación del servicio por incumplimiento de la citada Administración, reclamando la indemnización correspondiente.

El Ayuntamiento resolvió el contrato en agosto de 2013 achacando a Músicos y Escuela el cese de sus actividades antes del término convenido. El Tribunal de lo Contencioso-Administrativo declaró que el Ayuntamiento de Valladolid había infringido el contrato celebrado con Músicos y Escuela, ya que ese contrato estipulaba una garantía de ingresos con independencia del número de alumnos matriculados, y que, al no respetarla, el propio Ayuntamiento había impedido la continuidad de las actividades de Músicos y Escuela, lo cual, por lo tanto, justificaba la resolución del contrato por causa imputable a dicho Ayuntamiento. Por otra parte, puesto que Músicos y Escuela no había respetado sus obligaciones posteriores, al decidir de forma unilateral cesar en sus actividades en marzo de 2013 se desestimó su reclamación por daños y perjuicios.

Mientras tanto en marzo de 2013 Músicos y Escuela había iniciado el período de negociación y consultas preceptivo para practicar el despido colectivo de la totalidad de su plantilla por causa de la situación económica producida por el conflicto con el Ayuntamiento de Valladolid.

En marzo de 2013, varios meses antes de finalizar el curso académico, Músicos y Escuela cesó en su actividad y, en abril devolvió al Ayuntamiento de Valladolid los locales, instrumentos y medios destinados al funcionamiento de la Escuela Municipal de Música de Valladolid.

Se interpuso la demanda de despido colectivo. En ese tiempo se adjudicó para dos cursos académicos la gestión de la Escuela Municipal de Música de Valladolid a otra empresa, llamada IN-PULSO MUSICAL a la que se cedió el uso de los locales, instrumentos y medios necesarios para este fin. La nueva empresa comenzó sus actividades en septiembre de 2013, pero sin contratar a ninguno de los trabajadores que anteriormente prestaban servicios en la Escuela Municipal de Música y que fueron despedidos por Músicos y Escuela.

El Sr. Colino Sigüenza, de manera individual, demandó tanto a la anterior empresa para la que trabajaba: Músicos y Escuela, como al Ayuntamiento de Valladolid como a la nueva empresa adjudicataria de la gestión de la escuela municipal de música, IN-PULSO MUSICAL ante el Juzgado de lo Social competente con objeto de impugnar su despido.

**2.** En septiembre de 2015 el órgano jurisdiccional desestimó la demanda del Sr. Colino Sigüenza, pues la sentencia del Tribunal Supremo de 17 de noviembre de 2014, por la que se desestimó la demanda interpuesta contra el despido colectivo por parte de los representantes de los trabajadores, tenía efectos de cosa juzgada, vinculándolo respecto a la demanda individual interpuesta por el interesado contra su despido.

El Sr. Colino Sigüenza recurrió contra esa sentencia ante el tribunal competente, que es el proponente de esta cuestión prejudicial.

Entiende que los efectos de cosa juzgada ligados a la sentencia del Tribunal Supremo de 17 de noviembre de 2014, que desestimó el recurso interpuesto contra el despido colectivo, no pueden afectar-

le individualmente, ya que no fue parte en ese procedimiento, de tal modo que ese tipo de ampliación de los efectos de cosa juzgada vulnera su derecho a la tutela judicial efectiva, alegando, en segundo término, que en este caso se ha producido una transmisión de empresa en favor de IN-PULSO MUSICAL, por lo que esta operación no puede justificar la extinción de su contrato de trabajo.

El Tribunal proponente de la cuestión prejudicial pregunta, esencialmente, si la interrupción temporal, por parte de Músicos y Escuela, de la prestación de sus servicios entre abril y septiembre de 2013, fecha en que la gestión de la Escuela Municipal de Música de Valladolid fue asumida por IN-PULSO MUSICAL, impide acreditar que se trata de una “transmisión” de empresa o centro de actividad, en el sentido de la Directiva 2001/23. Y También pregunta si, en segundo lugar, en una situación como la que está examinando, la aplicación de la legislación nacional sobre los efectos de cosa juzgada vulnera el derecho a la tutela judicial efectiva del Sr. Colino Sigüenza.

Después de suspender el procedimiento el Tribunal formula las siguientes tres cuestiones prejudiciales:

En primer lugar, si debe considerarse que existe una transmisión a efectos de la Directiva 2001/23/CE cuando el titular de una concesión de una Escuela de Música de un Ayuntamiento, que recibe todos los medios materiales de ese Ayuntamiento (locales, instrumentos, aulas, mobiliario), tiene contratado a su propio personal y presta sus servicios por cursos escolares, abandona la actividad en abril de 2013, dos meses antes de la finalización del curso escolar, reintegrando todos los medios materiales al Ayuntamiento, que no reanuda la actividad para finalizar el curso escolar 2012-13, pero procede a una nueva adjudicación a un nuevo contratista, que reanuda la actividad en septiembre de 2013.

**3.** El Tribunal recuerda, al hilo de la primera cuestión, que la Directiva 2001/23 tiene por objeto garantizar la continuidad de las relaciones laborales existentes en el marco de una entidad económica, con independencia de un cambio de propietario, y que el criterio decisivo para determinar la existencia de una transmisión a efectos de esta Directiva es si la entidad de que se trata mantiene su identidad, lo que se deduce de que continúe efectivamente su explotación o de que ésta se reanude, tomando en consideración todas las circunstancias de la operación jurídica de transmisión, teniendo presente el tipo de empresa o de centro de actividad de que se trate, el que se hayan transmitido o no elementos materiales como los edificios o los bienes muebles, el valor de los elementos inmateriales en el momento de la transmisión, el hecho de que el nuevo empresario se haga cargo o no de la mayoría de los trabajadores, el que se haya transmitido o no la clientela, así como el grado de analogía de las actividades ejercidas antes y después de la transmisión y la duración de una eventual suspensión de dichas actividades.

El Tribunal subraya que la diferente apreciación de estos elementos tiene que tener en consideración el sector económico en concreto, y más detalladamente, si la actividad se basa esencialmente en la mano de obra.

Sí efectivamente la actividad se basa en la mano de obra la identidad de una entidad económica no puede mantenerse si el supuesto cesionario no se hace cargo de la mayor parte de su plantilla. Sin embargo, en un sector en el que la actividad se basa esencialmente en el equipamiento, el hecho de que el nuevo empresario no se haga cargo de la plantilla que su antecesor había dedicado al desarrollo de la misma actividad no basta para excluir la existencia de una transmisión de una entidad que mantenga su identidad.

Teniendo presente estos criterios, el Tribunal subraya, con carácter previo, dos ideas. En primer lugar, que la cuestión prejudicial debe valorarse a la luz de los antecedentes jurisprudenciales, y, en segundo lugar, que en una situación como la del litigio principal los medios materiales, como los instrumentos de música, las instalaciones y los locales, son elementos imprescindibles para el ejercicio de la actividad económica de que se trata, cuyo objeto es gestionar una escuela de música. Está acreditado que el Ayuntamiento de Valladolid puso a disposición del nuevo adjudicatario todos los medios materiales que había asignado al contratista anterior.

También entiende que no parece posible considerar que la actividad económica de que se trata en el litigio principal se base principalmente en la mano de obra, ya que exige equipamientos considerables, elementos materiales que indispensables para el desarrollo de la actividad que han pertenecido siempre al Ayuntamiento de Valladolid.

Recuerda el Tribunal que la circunstancia de que los elementos materiales asumidos por el nuevo empresario no pertenecieran a su antecesor, sino que simplemente fueran puestos a su disposición por la entidad contratante, no puede excluir la existencia de una transmisión de empresa en el sentido de esa Directiva.

Debe tenerse presente, por otro lado, que el Tribunal de Justicia tiene declarado que el hecho de que la empresa estuviera temporalmente cerrada en el momento de la transmisión, y no tuviera empleados a su servicio, constituye ciertamente un factor que ha de tenerse en cuenta para apreciar si ha sido transmitida una entidad económica aún existente, pero apreciando que el cierre temporal de la empresa, y la consecutiva ausencia de personal en el momento de la transmisión, no son circunstancias que, por sí solas, excluyan la existencia de una transmisión de empresa en el sentido de la Directiva 2001/23.

4. En definitiva, la Directiva 2001/23 debe interpretarse en el sentido de que puede estar comprendida en su ámbito de aplicación una situación, como la controvertida en el litigio principal, en la que el adjudicatario de un contrato de servicios cuyo objeto es la gestión de una escuela municipal de música, al que el Ayuntamiento había proporcionado todos los medios materiales necesarios para el ejercicio de esa actividad, la finaliza dos meses antes de terminar el curso académico, despide a la plantilla y restituye dichos medios materiales al citado Ayuntamiento, que efectúa una nueva adjudicación solo para el siguiente curso académico y proporciona al nuevo adjudicatario los mismos medios materiales.

## **5. S TJUE de 11 de septiembre de 2018 [asunto: C-68/17]. IR c. JQ. Actividades profesionales cuya ética se sustenta en la religión**

1. La petición de decisión prejudicial versa sobre la interpretación del artículo 4, apartado 2, de la 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. La petición se cursa en el contexto de un litigio por despido seguido del trabajador JQ por su empresario IR, que lo justifica por un presunto incumplimiento de su obligación de buena fe y de lealtad hacia la ética de IR.

IR es una sociedad de responsabilidad limitada dedicada a la gestión de hospitales en el Derecho alemán. Tiene por objeto social el desempeño de las funciones de Caritas (confederación internacional de organizaciones católicas de fines caritativos) como expresión de la vida y la esencia de la Iglesia Católica romana. IR no persigue primordialmente fines lucrativos y depende del Arzobispado católico de Colonia (Alemania).

JQ es médico de profesión y profesa la religión católica. Trabaja desde el año 2000, con un contrato de trabajo, como jefe del servicio de medicina interna de un hospital de IR, organizándose su relación contractual por un Reglamento del Servicio Eclesiástico de 1993.

JQ estaba casado conforme al rito católico. En agosto de 2005 su primera esposa se separó de él y el divorcio se pronunció en marzo de 2008. En agosto de 2008, JQ contrajo matrimonio civil con su nueva compañera, sin que se hubiera anulado su primer matrimonio.

Cuando IR tuvo conocimiento de este segundo matrimonio despidió a JQ, mediante escrito de 30 de marzo de 2009, con efectos a 30 de septiembre de 2009.

JQ presentó una demanda ante el Tribunal de lo Laboral alegando que su segundo matrimonio no era causa válida de despido, entendiéndolo que su despido vulneraba el principio de igualdad de trato, dado que, con arreglo al Reglamento del Servicio Eclesiástico de 1993, la celebración de un nuevo matrimonio por parte de un jefe de servicio protestante o sin religión no habría tenido ninguna consecuencia en su relación laboral con IR.

IR, alegó, por su parte, que el despido de JQ no era improcedente por causas sociales, porque JQ ejercer responsabilidades directivas, y al contraer un matrimonio nulo con arreglo al Derecho canónico había infringido claramente los deberes que le incumbían en virtud de su contrato laboral con IR.

El Tribunal de lo Laboral estimó la demanda de JQ. El recurso de apelación interpuesto por IR contra dicha resolución fue desestimado por el Tribunal Regional de lo Laboral. IR presentó recurso de Casación ante el Tribunal Supremo de lo Laboral, que lo desestimó mediante sentencia de 8 de septiembre de 2011, considerando, en esencia, que el despido de JQ no era procedente, puesto que IR no despediría a trabajadores no católicos que ocupasen el puesto de JQ en caso de que estos se volvieran a casar.



IR llevó el asunto al Tribunal Constitucional Federal, el cual, mediante auto de 22 de octubre de 2014, anuló la sentencia del Tribunal Supremo de lo Laboral, al que devolvió el asunto.

El Tribunal Supremo de lo Laboral considera que la resolución del litigio principal depende de si el despido de JQ por IR es lícito con arreglo a la normativa nacional, señalando, no obstante, que esta disposición debe interpretarse de conformidad con el Derecho de la Unión y que, por ello, el resultado del litigio depende de la interpretación del artículo 4, apartado 2, párrafo segundo, de la Directiva 2000/78, transpuesto en Derecho nacional mediante el artículo 9, apartado 2, de la Ley de Igualdad de Trato.

El tribunal remitente se plantea, en primer lugar, si, al tratarse de una sociedad de capital de Derecho privado que es propiedad de la Iglesia Católica, IR está comprendida en el ámbito de aplicación de la Directiva 2000/78 y, por consiguiente, tiene derecho a exigir a sus trabajadores una actitud de buena fe y de lealtad hacia la ética de dicha Iglesia. A su juicio, no puede descartarse que el Derecho de la Unión impida que una sociedad de esas características, constituida con arreglo a Derecho privado y que opera en el ámbito de la sanidad conforme a las prácticas del mercado, invoque derechos propios de la Iglesia.

El tribunal remitente se pregunta si las iglesias, u otras organizaciones públicas o privadas cuya ética se base en la religión o las convicciones, pueden definir por ellas mismas y de manera definitiva qué es una actitud de buena fe y lealtad “hacia la ética de la organización” a efectos del artículo 4, apartado 2, párrafo segundo, de la Directiva 2000/78 y si pueden también, a este respecto, determinar autónomamente una graduación en los deberes de lealtad para unas mismas funciones directivas teniendo en cuenta exclusivamente la religión de los trabajadores.

El tribunal remitente entiende que es a dicho tribunal nacional a quien corresponderá resolver, tomando en consideración el conjunto de normas del Derecho interno si es posible interpretar el artículo de la Ley Nacional de modo que respete el artículo 4, apartado 2, de la Directiva 2000/78.

El Tribunal Supremo de lo Laboral decidió suspender el procedimiento y plantear al Tribunal de Justicia las cuestiones prejudiciales siguientes:

¿Debe interpretarse el artículo 4, apartado 2, párrafo segundo, de la Directiva 2000/78 en el sentido de que la iglesia pueda decidir imperativamente que una organización como la parte demandada en el presente litigio debe diferenciar, al exigir a los trabajadores con responsabilidades directivas una actitud de buena fe y de lealtad, entre los que pertenecen a esa iglesia y los que pertenecen a otra iglesia o a ninguna?. En conexión con esta cuestión pregunta también qué requisitos deben cumplirse para que pueda exigirse a los trabajadores de una iglesia una actitud de lealtad y de buena fe hacia la ética de la organización.

**2.** Las primeras cuestiones cuestionan si el artículo 4, apartado 2, párrafo segundo, de la Directiva 2000/78 debe interpretarse en el sentido de que una iglesia u otra organización cuya ética se base en la religión o en las convicciones y que gestione un centro hospitalario bajo la forma de una sociedad de capital de Derecho privado puede decidir, con carácter definitivo, imponer a aquellos de sus trabajadores que ejerzan responsabilidades directivas unas exigencias relativas a una actitud de buena fe y de lealtad que son distintas en función de la religión de esos trabajadores o de su irreligión.

La primera cuestión a resolver es si el hecho de que la entidad que en el asunto principal exigía a sus trabajadores una actitud de buena fe y de lealtad sea una sociedad de capital de Derecho privado puede impedirle invocar la citada disposición, entendiendo que las consideraciones sobre la naturaleza y forma jurídicas de la entidad en cuestión no pueden incidir en la aplicabilidad de esta disposición a situaciones como la controvertida en el litigio principal, de tal forma que puede concluirse que la referencia a las organizaciones privadas incluye las entidades que, al igual que IR, se han constituido con arreglo al Derecho privado.

Repara, en segundo lugar, que cuando una iglesia u otra organización cuya ética se base en la religión o en las convicciones alegue, en apoyo de una decisión o de un acto como el rechazo de una candidatura a un empleo en su ámbito, que, por la naturaleza de las actividades de que se trate o por el contexto en que hayan de desarrollarse, la religión es un requisito profesional esencial, legítimo y justificado respecto de la ética de dicha iglesia u organización, es necesario que esa alegación, llegado el caso, pueda ser objeto de un control judicial efectivo destinado a garantizar que, en ese caso concreto, se cumplen los criterios mencionados en la citada disposición.

Por lo que, en contra de lo que alegan IR y el Gobierno alemán, el análisis de la legalidad del requisito de una actitud de buena fe y de lealtad exigido por una iglesia u otra organización cuya ética se base en la religión o en las convicciones no puede efectuarse exclusivamente a la luz del Derecho nacional, sino que debe tener en cuenta lo dispuesto la Directiva 2000/78.

Eso supone, básicamente, que una diferencia de trato con respecto a la exigencia de una actitud de buena fe y lealtad hacia la ética del empresario, como la controvertida en el litigio principal, diferencia de trato de la que no se discute que está basada únicamente en la religión de los trabajadores, debe cumplir con los criterios mencionados en dicha Directiva.

Descendiendo al caso concreto se recuerda que en el presente asunto el requisito controvertido en el litigio principal se refiere a la observancia de un aspecto concreto de la ética de la Iglesia Católica: el carácter sagrado e indisoluble del matrimonio religioso.

La adhesión a dicha concepción del matrimonio no parece necesaria para la afirmación de la ética de IR, habida cuenta de las actividades profesionales que ejerce JQ, a saber, la prestación de asesoramiento y asistencia médica en un hospital y la gestión del servicio de medicina interna de dicho hospital, cuya jefatura ostentaba. Por tanto, a efectos del artículo 4, apartado 2, párrafo primero, de la Directiva 2000/78, no parece ser un requisito esencial de la actividad profesional, extremo cuya verificación incumbe, sin embargo, al tribunal remitente.

La constatación de que, en el presente asunto, la adhesión a este aspecto de la ética de la organización de que se trata no puede constituir un requisito profesional esencial queda corroborada por el hecho, confirmado por IR en la vista ante el Tribunal de Justicia y recordado por el Abogado General, de que se han confiado puestos de responsabilidad médica con funciones directiva, análogos al ocupado por JQ, a trabajadores de IR que no son de religión católica, por lo que no están sujetos a la misma exigencia de observar una actitud de buena fe y lealtad hacia la ética de IR.

**3.** En definitiva, respondiendo a la cuestión, que la Directiva 2000/78 debe interpretarse en el sentido de que una iglesia u otra organización cuya ética se base en la religión o en las convicciones y que gestione un centro hospitalario bajo la forma de una sociedad de capital de Derecho privado no puede decidir imponer a aquellos de sus trabajadores que ejerzan responsabilidades directivas unas exigencias relativas a una actitud de buena fe y lealtad hacia dicha ética que son distintas en función de la religión de esos trabajadores o de su irreligión

Porque una diferencia de trato, en lo que atañe a la exigencia de una actitud de buena fe y lealtad hacia dicha ética, entre los trabajadores que ocupan puestos con responsabilidades directivas, en función de su religión o de su irreligión, no es conforme con dicha Directiva, excepto cuando, dada la naturaleza de las actividades profesionales de que se trate o el contexto en el que se desarrollen, la religión o las convicciones constituyan un requisito profesional esencial, legítimo y justificado respecto de la ética de la iglesia u organización en cuestión y conforme con el principio de proporcionalidad, extremo cuya verificación incumbe al tribunal nacional.

## **6. S TJUE de 19 de septiembre de 2018 [asunto: C-41/17]. *González Casto c. Mutua Umivale*. Evaluación de riesgos en el trabajo nocturno**

**1.** La cuestión prejudicial tiene por objeto la interpretación del artículo 19, apartado 1, de la Directiva 2006/54/CE del Parlamento Europeo y del Consejo, de 5 de julio de 2006, relativa a la aplicación del principio de igualdad de oportunidades e igualdad de trato entre hombres y mujeres en asuntos de empleo y ocupación (refundición), y de los artículos 4, 5 y 7 de la Directiva 92/85/CEE del Consejo, de 19 de octubre de 1992, relativa a la aplicación de medidas para promover la mejora de la seguridad y de la salud en el trabajo de la trabajadora embarazada, que haya dado a luz o en período de lactancia.

La cuestión se ha presentado en el contexto de un litigio entre la Sra. Isabel González Castro, por un lado, y Mutua Umivale, su empresario Prosegur España, S.L. y el Instituto Nacional de la Seguridad Social, por otro, en relación con la negativa de estos a suspender su contrato de trabajo y concederle la prestación económica por riesgo durante la lactancia natural.

2. La Sra. González Castro trabaja como vigilante de seguridad para Prosegur. En noviembre de 2014 dio a luz a un hijo que se alimentó con lactancia natural. Desde marzo de 2015 la Sra. González Castro desempeña sus funciones en un centro comercial en turnos rotatorios y variables de 8 horas. Las funciones de vigilancia que desempeña en su lugar de trabajo se realizan generalmente con otro guardia de seguridad, excepto durante los siguientes tramos horarios, durante los cuales las asume en solitario: de lunes a jueves de medianoche a ocho de la mañana, los viernes de dos a ocho de la mañana, los sábados, de tres a ocho de la mañana y los domingos, de una a ocho de la mañana.

La Sra. González Castro intimó ante Mutua Umivale el procedimiento para obtener la prestación económica por riesgo durante la lactancia natural, previsto en la Ley de Prevención de Riesgos Laborales, solicitando a la Mutua que le expidiera un certificado médico que acreditara que su puesto de trabajo presentaba un riesgo para la lactancia natural.

Su solicitud fue denegada por la Mutua, presentando una reclamación, que también fue desestimada. Interpuso una demanda contra esta denegación ante el Juzgado competente. La demanda fue desestimada, y se interpuso el correspondiente recurso de suplicación contra dicha sentencia ante el tribunal remitente de la presente cuestión.

3. El tribunal remitente formula cuatro cuestiones prejudiciales.

En primer lugar, si debe interpretarse el art. 7 de la Directiva 92/85 en el sentido de que el trabajo nocturno que no han de verse obligadas a realizar las trabajadoras a las que se refiere el art. 2 (incluidas por tanto las trabajadoras en período de lactancia), incluye no solamente el trabajo que se realiza enteramente en horario nocturno, sino también el trabajo a turnos cuando algunos de tales turnos, como ocurre en el caso de autos, se realizan en horario nocturno.

En segundo lugar, si son aplicables, en un litigio donde se discute la existencia de una situación de riesgo durante la lactancia de una trabajadora, las reglas especiales sobre carga probatoria del art. 19.1 de la Directiva 2006/54 para la dispensa del trabajo de la trabajadora en período de lactancia y, en su caso, para el reconocimiento de la prestación anudada a tal situación en el ordenamiento interno.

En tercer lugar, si puede interpretarse el art. 19.1 de la Directiva 2006/54 en el sentido de que son “*hechos que permitan presumir la existencia de discriminación directa o indirecta*” de una trabajadora en período de lactancia el que preste servicios en régimen de trabajo a turnos como vigilante de seguridad, y con horario nocturno en algunos de los turnos de trabajo que además realiza en solitario, haciendo rondas y atendiendo, en su caso, urgencias (delitos, incendios u otras incidencias); y todo ello sin que conste la existencia de un lugar adecuado para dar la lactancia natural en el centro de trabajo, o, en su caso, para proceder a la extracción mecánica de la leche materna.

Si se acreditan los “*hechos que permitan presumir la existencia de discriminación directa o indirecta*” con arreglo al art. 19.1 de la Directiva 2006/54 en relación con el art. 5 de la Directiva 92/85 en un litigio donde se discute la existencia de riesgo durante la lactancia natural con dispensa de la obligación de trabajar: ¿Sería exigible a la trabajadora en período de lactancia que acreditara para ser dispensada del trabajo con arreglo a la legislación interna que la adaptación de las condiciones de trabajo y/o del tiempo de trabajo no resulta técnica y/u objetivamente posible o no puede razonablemente exigirse y que no resulta técnica y/u objetivamente posible o no puede razonablemente exigirse un cambio de puesto de trabajo?. ¿Debe, por el contrario, acreditarse tales extremos por el empresario y entidad que cubre la prestación de Seguridad Social anudada a la suspensión del contrato de trabajo)?.

El Tribunal entiende que se puede considerar que una trabajadora como aquella de que se trata en el litigio principal realiza un ‘trabajo nocturno’ en el sentido del artículo 7 de la Directiva 92/85.

4. La respuesta a la primera cuestión prejudicial sostiene que el artículo 7 de la Directiva 92/85 debe interpretarse en el sentido de que se aplica a una situación, como la controvertida en el litigio principal, en la que la trabajadora de que se trata realiza un trabajo a turnos en el que solo desempeña una parte de sus funciones en horario nocturno.

También precisa que el artículo 7 de la Directiva 92/85/CEE del Consejo, de 19 de octubre de 1992, relativa a la aplicación de medidas para promover la mejora de la seguridad y de la salud en el trabajo de la trabajadora embarazada, que haya dado a luz o en período de lactancia, debe interpretarse

en el sentido de que se aplica a una situación, como la controvertida en el litigio principal, en la que la trabajadora de que se trata realiza un trabajo a turnos en el que solo desempeña una parte de sus funciones en horario nocturno.

También precisa que el artículo 19, apartado 1, de la Directiva 2006/54/CE del Parlamento Europeo y del Consejo, de 5 de julio de 2006, relativa a la aplicación del principio de igualdad de oportunidades e igualdad de trato entre hombres y mujeres en asuntos de empleo y ocupación, debe interpretarse en el sentido de que se aplica a una situación como la del litigio principal, en la que una trabajadora, a quien se ha denegado la concesión del certificado médico que acredite que su puesto de trabajo presenta un riesgo para la lactancia natural y, por consiguiente, se le ha denegado la prestación económica por riesgo durante la lactancia natural, impugna ante un tribunal nacional u otra autoridad competente del Estado miembro la evaluación de los riesgos que presenta su puesto de trabajo, cuando la trabajadora expone hechos que puedan sugerir que esta evaluación no incluyó un examen específico que tuviese en cuenta su situación individual y que permitan así presumir la existencia de una discriminación directa por razón de sexo, en el sentido de la Directiva 2006/54, lo que incumbe verificar al tribunal remitente. Corresponde entonces a la parte demandada probar que dicha evaluación de los riesgos contenía efectivamente tal examen concreto y que, por tanto, no se vulneró el principio de no discriminación.

### **7. S TJUE de 6 de noviembre de 2018 [asuntos acumulados: C-569/16 y C-570/16]. *Stadt Wuppertal y V.W c. M.B. Fallecimiento del trabajador y abono de vacaciones.***

1. Las peticiones de decisión prejudicial tienen por objeto la interpretación del artículo 7 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 del artículo 31, apartado 2, de la Carta de los Derechos Fundamentales de la Unión Europea.

Las peticiones se han presentado en el contexto de dos litigios en relación con la negativa del Ayuntamiento de Wuppertal y del Sr. W., como antiguos empleadores de los cónyuges, ya fallecidos, de las Sras. B. y B., respectivamente, a pagar a estas últimas una compensación económica por las vacaciones anuales retribuidas no disfrutadas por sus cónyuges con anterioridad a su fallecimiento.

2. Es aplicable al caso la Directiva 93/104/CE del Consejo, de 23 de noviembre de 1993, relativa a determinados aspectos de la ordenación del tiempo de trabajo, básicamente cuando dispone que: “*Todo trabajador de la Comunidad Europea tiene derecho al descanso semanal y a unas vacaciones anuales pagadas, cuya duración, en uno y otro caso, deberá armonizarse por la vía del progreso, de conformidad con las prácticas nacionales*”.

La Directiva 2003/88, que derogó la Directiva 93/104, operó una codificación de las disposiciones de esta última. A tu tenor, los considerandos 4 a 6 de la Directiva 2003/88 disponen: “(4) *La mejora de la seguridad, de la higiene y de la salud de los trabajadores en el trabajo representa un objetivo que no puede subordinarse a consideraciones de carácter puramente económico. (5) Todos los trabajadores deben tener períodos de descanso adecuados. El concepto de descanso debe expresarse en unidades de tiempo, es decir, días, horas o fracciones de los mismos. Los trabajadores de la [Unión Europea] deben poder disfrutar de períodos mínimos de descanso diario, semanal y anual, y de períodos de pausa adecuados.../... (6) Conviene tener en cuenta los principios de la Organización Internacional del Trabajo por lo que respecta a la distribución del tiempo de trabajo, incluidos los que se refieren al trabajo nocturno*”.

El artículo 7 de la Directiva 2003/88, que reproduce en idénticos términos el artículo 7 de la Directiva 93/104, tiene el siguiente tenor: “1. *Los Estados miembros adoptarán las medidas necesarias para que todos los trabajadores dispongan de un período de al menos cuatro semanas de vacaciones anuales retribuidas, de conformidad con las condiciones de obtención y concesión establecidas en las legislaciones y/o prácticas nacionales. 2. El período mínimo de vacaciones anuales retribuidas no podrá ser sustituido por una compensación financiera, excepto en caso de conclusión de la relación laboral*”.

3. La Sra. B. es la única heredera de su marido, empleado del Ayuntamiento de Wuppertal, que falleció el 20 de diciembre de 2010. Dicho ayuntamiento rechazó la reclamación de la Sra. B. de que se

le abonara la cantidad de 5.857,75 euros en concepto de indemnización por 25 días de vacaciones anuales retribuidas aún no disfrutadas por su marido en el momento de su fallecimiento.

Otra señora, también llamada B. es la única heredera de su marido, empleado del Sr. W. desde 2003, que falleció el 4 de enero de 2013 tras permanecer desde julio de 2012 en situación de incapacidad laboral por enfermedad. El Sr. W. rechazó la reclamación de la Sra. B. de que se le abonara la cantidad de 3.702,72 euros en concepto de indemnización por 32 días de vacaciones anuales retribuidas aún no disfrutadas por su marido en el momento de su fallecimiento.

Las Sras. B. y B. interpusieron sendas demandas en defensa de sus respectivos intereses ante el Tribunal de lo Laboral a fin de que se ordenara el pago de las referidas indemnizaciones.

Ambas demandas fueron estimadas, y los recursos interpuestos respectivamente por el Ayuntamiento de Wuppertal y por el Sr. W. contra las sentencias dictadas en primera instancia fueron desestimados por el Tribunal Regional de lo Laboral. Ambos demandados han recurrido en casación contra dichas sentencias.

El Tribunal Supremo de lo Laboral decidió suspender el procedimiento y plantear al Tribunal de Justicia las cuestiones prejudiciales siguientes.

En primer lugar pregunta: ¿Conceden el artículo 7 de la Directiva [2003/88] o el artículo 31, apartado 2, de la [Carta] al heredero de un trabajador fallecido durante la vigencia de su contrato de trabajo el derecho a una compensación económica por el período mínimo de vacaciones anuales que correspondían al trabajador antes de su fallecimiento?

En caso de respuesta afirmativa a la primera cuestión, pregunta ¿es aplicable la misma conclusión cuando la relación laboral ligaba a dos particulares?

4. El Tribunal realiza dos consideración preliminares. Concreta, en primer lugar, que una jurisprudencia reiterada del Tribunal de Justicia ha establecido que el derecho de cada trabajador a disfrutar vacaciones anuales retribuidas debe considerarse un principio del Derecho social de la Unión de especial importancia, que no admite excepciones y cuya aplicación por las autoridades nacionales competentes únicamente puede efectuarse respetando los límites establecidos expresamente por la Directiva 2003/88.

El derecho a vacaciones anuales constituye solamente una de las dos vertientes de un principio esencial del Derecho social de la Unión, a saber, el derecho a vacaciones anuales retribuidas, el cual comprende también el derecho a percibir una retribución. En efecto, la expresión “*vacaciones anuales retribuidas*” utilizada por el legislador de la Unión, en particular, en el artículo 7 de la Directiva 2003/88 significa que, mientras duren las vacaciones anuales en el sentido de ese artículo, debe mantenerse la retribución del trabajador.

El derecho a vacaciones anuales, reconocido en el artículo 7 de la Directiva 2003/88, tiene por objeto, por una parte, permitir que el trabajador descanse de la ejecución de las tareas que le incumben según su contrato de trabajo y, por otra, que disponga de un período de ocio y esparcimiento. Al establecer que el período mínimo de vacaciones anuales retribuidas no puede ser sustituido por una compensación económica, excepto en caso de conclusión de la relación laboral, el artículo 7, apartado 2, de la Directiva 2003/88 tiene por objeto garantizar que el trabajador pueda disfrutar de un descanso efectivo, en aras de una protección eficaz de su salud y seguridad.

Resalta también que el Tribunal de Justicia ya ha declarado que el artículo 7, apartado 2, de la Directiva 2003/88 debe interpretarse en el sentido de que el trabajador tiene derecho, en el momento de su jubilación, a una compensación económica por las vacaciones anuales retribuidas no disfrutadas por el hecho, por ejemplo, de no haber ejercido sus funciones a causa de una enfermedad. Ahora bien, en tal caso, ese trabajador tampoco tiene la posibilidad de disfrutar de unas vacaciones en el sentido de un período destinado al descanso y al ocio tras el que normalmente reanuda su actividad profesional, puesto que, en principio, ha abandonado esta y ya solo puede disfrutar, en puridad, de dichas vacaciones anuales retribuidas básicamente en forma de compensación económica.

Recuerda el Tribunal que el derecho a vacaciones anuales retribuidas no solo tiene una importancia especial por su condición de principio del Derecho social de la Unión, sino que también está expresamente reconocido en el artículo 31, apartado 2, de la Carta de los Derechos Fundamentales de la Unión Europea, a la que el artículo 6 TUE, apartado 1, reconoce el mismo valor jurídico que a los Tratados.

La primera parte de ambas cuestiones prejudiciales responde el Tribunal que el artículo 7 de la Directiva 2003/88 y el artículo 31, apartado 2, de la Carta deben interpretarse en el sentido de que se oponen a una normativa nacional como la controvertida en los litigios principales, en virtud de la cual, cuando la relación laboral concluye por fallecimiento del trabajador, el derecho a vacaciones anuales retribuidas adquirido en virtud de aquellas disposiciones y no disfrutado por el trabajador antes de su fallecimiento se extingue sin que nazca ningún derecho a una compensación económica por tal concepto que sea transmisible mortis causa a sus herederos.

Con respecto a la segunda parte de ambas cuestiones prejudiciales el Tribunal entiende que en caso de que sea imposible interpretar una normativa nacional como la controvertida en los litigios principales en un sentido conforme con el artículo 7 de la Directiva 2003/88 y el artículo 31, apartado 2, de la Carta, el órgano jurisdiccional nacional que conoce de un litigio entre el heredero de un trabajador fallecido y el antiguo empresario de este debe dejar inaplicada dicha normativa nacional y velar por que se conceda a ese heredero una compensación económica, a cargo del empresario, por las vacaciones anuales devengadas en virtud de aquellas disposiciones y no disfrutadas por el trabajador con anterioridad a su fallecimiento.

## **8. S TJUE de 21 de noviembre de 2018 [asunto: C-619/17]. *Ministerio de Defensa c. Diego Porras II. Indemnización por terminación de contrato de interinidad***

1. La petición de decisión prejudicial tiene por objeto la interpretación de las cláusulas 4 y 5 del Acuerdo Marco sobre el trabajo de duración determinada, celebrado el 18 de marzo de 1999 (en lo sucesivo, “Acuerdo Marco”), que figura en el anexo de la 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.

La petición se ha presentado en el marco de un litigio entre el Ministerio de Defensa y la Sra. Ana de Diego Porras relativo a la calificación de la relación laboral que vinculaba a las partes y al abono de una indemnización como consecuencia de la finalización de dicha relación.

2. La Sra. De Diego Porras prestó servicios desde febrero de 2003 como secretaria en diversas subdirecciones del Ministerio de Defensa al amparo de varios contratos de interinidad. El último contrato de interinidad, celebrado el 17 de agosto de 2005, tenía por objeto sustituir a la Sra. Mayoral Fernández, en situación de dispensa de obligaciones laborales vinculada a su condición sindical.

Revocada la dispensa de trabajo de la Sra. Mayoral Fernández se citó a la Sra. De Diego Porras para formalizar la documentación relativa a la finalización de su contrato con efectos de 30 de septiembre de 2012 para permitir la reincorporación de la Sra. Mayoral Fernández a su puesto de trabajo a partir del 1 de octubre de 2012.

El 19 de noviembre de 2012 la Sra. De Diego Porras interpuso una demanda ante el Juzgado de lo Social en la que impugnaba tanto la legalidad de su contrato de trabajo como las condiciones de finalización de este.

Se desestimó su pretensión en primera instancia y se interpuso el correspondiente recurso de suplicación alegando que los contratos de interinidad mediante los que fue empleada se celebraron en fraude de ley y que su relación laboral debía convertirse en indefinida. Entendía que la finalización de este contrato constituía un despido improcedente que debía dar lugar el abono de una indemnización equivalente a treinta y tres días de salario por año trabajado.

El Tribunal nacional planteó en diciembre de 2014 una petición de decisión prejudicial.

Mediante sentencia de 14 de septiembre de 2016, De Diego Porras (C 596/14) el Tribunal de Justicia respondió, concretamente, que la cláusula 4 del Acuerdo Marco debía interpretarse en el sentido de que se opone a una normativa nacional como la controvertida en el litigio principal, que deniega cualquier indemnización por finalización de contrato al trabajador con contrato de interinidad, mientras que permite la concesión de tal indemnización, en particular, a los trabajadores fijos comparables.

El Tribunal nacional mediante sentencia de 5 de octubre de 2016 declaró que tanto la contratación de la Sra. De Diego Porras mediante un contrato de interinidad como la finalización de la relación laboral que la vinculaba al Ministerio de Defensa se ajustaban a la normativa española aplicable, que

dicha normativa era no obstante discriminatoria y que, con arreglo a la resolución citada se debía conceder a la interesada una indemnización equivalente a veinte días de salario por año trabajado, indemnización que se abona para el caso de extinción de la relación laboral por causas económicas, técnicas, organizativas o de producción.

El Ministerio de Defensa interpuso recurso de casación para la unificación de doctrina contra esa sentencia ante el Tribunal Supremo, que considera indiscutible que la situación de la Sra. De Diego Porras era comparable a la de un trabajador fijo habida cuenta de las funciones que ejercía.

El Tribunal apreció que aun cuando la trabajadora con contrato de duración determinada en cuestión ejercía las mismas funciones que los trabajadores fijos comparables la indemnización por finalización de contrato de duración determinada no puede compararse con la abonada en razón de la extinción de un contrato de trabajo por tiempo indefinido por concurrir alguna de las causas objetivas del Estatuto de los Trabajadores, en la medida en que un contrato por tiempo indefinido no puede extinguirse debido al vencimiento de un plazo o al cumplimiento de una condición.

Por el contrario, la indemnización legal equivalente a veinte días de salario por año de antigüedad en la empresa, prevista en el artículo 53, apartado 1, letra b), del Estatuto de los Trabajadores, se aplica en caso de extinción del contrato de trabajo por alguna de las causas previstas en el artículo 52, independientemente de la duración determinada o indefinida de dicho contrato. Así, los trabajadores con contrato de duración determinada y los trabajadores fijos son tratados de idéntico modo cuando la causa de la extinción de su relación laboral es la misma.

El tribunal remitente aprecia que de la sentencia citada Diego Porras I resulta que procede una indemnización única para todos los casos de extinción de la relación laboral, a saber, la equivalente a veinte días de salario por año de antigüedad en la empresa, a pesar de que puede tratarse de supuestos diferentes. Por lo tanto parece querer abonarse una indemnización al vencer el término tanto de los contratos de interinidad como de los demás contratos de trabajo de duración determinada, lo que equivaldría a borrar la diferencia entre estas dos categorías de contratos de duración determinada que había instaurado el legislador español al adoptar el artículo 49, apartado 1, letra c), del Estatuto de los Trabajadores, que establece el pago de una indemnización equivalente a doce días de salario por cada año de antigüedad en la empresa a la finalización de los contratos de trabajo de duración determinada, excepto los contratos de interinidad.

El tribunal remitente pregunta si el vencimiento del término por el que se celebró un contrato de trabajo de duración determinada debe necesariamente dar lugar al pago de una indemnización y, en caso afirmativo, si tal indemnización debe fijarse de la misma manera que la que debe abonarse los demás casos de extinción de la relación laboral.

Expone el Tribunal que sus dudas no están vinculadas tanto a la existencia de una diferencia de trato entre trabajadores con un contrato de duración determinada y trabajadores fijos como a si, al establecer el pago de una indemnización por el vencimiento del término por el que se celebran los contratos de trabajo de duración determinada, excepto los contratos de interinidad, el Derecho español ha previsto una medida destinada a evitar los abusos derivados de la utilización de sucesivos contratos o relaciones laborales de duración determinada. Porque los contratos de interinidad están expresamente excluidos del derecho a dicha indemnización.

En este contexto, el tribunal remitente se pregunta si el legislador español podía excluir a las personas con contratos de interinidad del derecho a la citada indemnización.

Por ello el Tribunal Supremo decidió suspender el procedimiento y plantear al Tribunal de Justicia las cuestiones prejudiciales siguientes:

En primer lugar si la cláusula 4 del [Acuerdo Marco] debe interpretarse en el sentido de que se opone a una normativa nacional que no establece indemnización alguna para la extinción de un contrato de duración determinada por interinidad para sustituir a otro trabajador con derecho a reserva de puesto de trabajo, cuando tal extinción se produce por la reincorporación del trabajador sustituido, y, por el contrario, si la establece cuando la extinción del contrato de trabajo obedece a otras causas legalmente tasadas.

En segundo lugar, y sólo para el caso de que la respuesta a la primera pregunta fuese negativa, si se enmarca dentro del ámbito de la cláusula 5 del Acuerdo Marco una medida como la establecida por el legislador español, consistente en fijar una indemnización de doce días por año trabajado, a percibir

por el trabajador a la finalización de un contrato temporal aun cuando la contratación temporal se haya limitado a un único contrato.

Y, por último, de ser positiva la respuesta a la cuestión segunda, si es contraria a la cláusula 5 del Acuerdo Marco una disposición legal que reconoce a los trabajadores de duración determinada una indemnización de doce días por año trabajado a la finalización del contrato, pero excluye de la misma a los trabajadores de duración determinada cuando el contrato se celebra por interinidad para sustituir a un trabajador con derecho a reserva de puesto de trabajo.

**3.** Con respecto a la primera cuestión prejudicial el Tribunal precisa que la cláusula 4, apartado 1, del Acuerdo Marco sobre el trabajo de duración determinada, celebrado el 18 de marzo de 1999, que figura en el anexo de la 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, debe interpretarse en el sentido de que no se opone a una normativa nacional que no prevé el abono de indemnización alguna a los trabajadores con contratos de duración determinada celebrados para sustituir a un trabajador con derecho a reserva del puesto de trabajo, como el contrato de interinidad de que se trata en el litigio principal, al vencer el término por el que estos contratos se celebraron, mientras que se concede indemnización a los trabajadores fijos con motivo de la extinción de su contrato de trabajo por una causa objetiva.

Con respecto a la segunda cuestión precisa que incumbe al tribunal nacional apreciar, conforme a todas las normas del Derecho nacional aplicables, si una medida como la controvertida en el litigio principal, que establece una indemnización a los trabajadores con ciertos contratos de trabajo de duración determinada al vencer el término por el que dichos contratos se celebraron, constituye una medida apropiada para prevenir y, en su caso, sancionar los abusos derivados de la utilización de sucesivos contratos o de relaciones laborales de duración determinada o una medida legal equivalente.

Por último, y sólo para el supuesto de que el tribunal nacional declare que una medida, como la controvertida en el litigio principal, que establece el abono obligatorio de una indemnización a los trabajadores con ciertos contratos de trabajo de duración determinada al vencimiento del término por el que se celebraron, constituye una medida adecuada para prevenir y, en su caso, sancionar los abusos resultantes de la utilización de sucesivos contratos de trabajo de duración determinada o una medida legal equivalente, en el sentido de la cláusula 5 del Acuerdo Marco sobre el trabajo de duración determinada, que figura en el anexo de la Directiva 1999/70, esta disposición debe interpretarse en el sentido de que no se opone a una norma nacional, como la controvertida en el litigio principal, según la cual el vencimiento del término por el que se celebraron los contratos de trabajo de duración determinada que pertenezcan a ciertas categorías da lugar al abono de esta indemnización, mientras que el vencimiento del término por el que se celebraron los contratos de trabajo de duración determinada perteneciente al resto de categorías no implica el abono a los trabajadores con dichos contratos de indemnización alguna, a menos que no exista ninguna otra medida eficaz en el ordenamiento jurídico nacional para prevenir y sancionar los abusos respecto de estos últimos trabajadores, extremo que incumbe comprobar al tribunal nacional.

## **9. S TJUE de 21 de noviembre de 2018 [asunto: C-245/17]. *Viejobueno y Vara c. Consejería de Educación*. Finalización de la relación laboral del docente al acabar el curso académico**

**1.** La petición de decisión prejudicial tiene por objeto la interpretación de la cláusula 4 del Acuerdo Marco sobre el trabajo de duración determinada, celebrado el 18 de marzo de 1999, que figura en el anexo de la 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.

La petición se ha presentado en el contexto de un litigio entre el Sr. Pedro Viejobueno Ibáñez y la Sra. Emilia de la Vara González, por un lado, y la Consejería de Educación de Castilla-La Mancha, por otro, en relación con la extinción de las relaciones de servicio que vinculaban a los interesados con la Consejería.



2. La Consejería adjudicó al Sr. Viejobueno Ibáñez, funcionario interino docente, una vacante como profesor de enseñanza secundaria en un Instituto en Toledo durante el curso académico 2011/2012. A la Sra. de la Vara González dicha Dirección le asignó, en cuanto funcionaria interina docente, una vacante como profesora técnica de formación profesional en un Centro de Educación de Personas Adultas para ese mismo curso académico.

El 29 de junio de 2012, fecha de finalización del período lectivo, los Coordinadores Provinciales de Educación de Toledo y Cuenca dictaron sendas resoluciones de cese en puesto de trabajo del Sr. Viejobueno Ibáñez y de la Sra. de la Vara González con efectos desde ese mismo día, consignando como causas del cese, respectivamente, la “*libre separación de interinos*” y el cese “*definitivo por cambio de situación administrativa*”.

Los interesados interpusieron recurso Administrativo contra las resoluciones de cese en puesto de trabajo que les afectaban que fueron desestimados. Interpusieron posteriormente recurso contencioso-administrativo ante el Juzgado de lo Contencioso-Administrativo competente. En su demanda solicitaron que se declarase la nulidad de los actos presuntos desestimatorios y de las resoluciones de cese en puesto de trabajo que les afectaban y que se reconociese su derecho a mantenerse en sus respectivos puestos hasta el 14 de septiembre de 2012.

En apoyo de sus recursos, los interesados alegaron, en particular, que las resoluciones de cese en puesto de trabajo vulneraban el principio de igualdad de trato, en la medida en que hacían que se diese un trato desigual a los docentes según fuesen interinos o funcionarios de carrera, los cuales sí conservaban su puesto una vez finalizado el período lectivo.

Mediante sentencia de 26 de enero de 2015 el órgano jurisdiccional desestimó los recursos. Entendía, básicamente que al tener que basarse el nombramiento de los funcionarios interinos en razones justificadas de necesidad y urgencia, la desaparición de tales razones supone causa legal de extinción de la relación de servicio de estos interinos, y que la finalización del período lectivo podía suponer la desaparición de la necesidad y de la urgencia que habían motivado el nombramiento de los funcionarios interinos. Entendió, concretamente, que no se había vulnerado el principio de igualdad de trato, pues la situación de los funcionarios interinos, cuya relación de servicio con la Administración es esencialmente temporal, no es comparable con la de los funcionarios de carrera, cuya relación es permanente.

Se interpuso el correspondiente recurso contra dicha sentencia, alegando, en particular, que el hecho de que la extinción de su relación de servicio se produjese el 29 de junio de 2012 infringía la cláusula 4 del Acuerdo Marco, ya que consideran que, en razón de su condición de funcionarios interinos, se les trata de manera menos favorable que a los docentes que tienen la condición de funcionarios de carrera, dado que estos conservan su puesto durante el período habitualmente dedicado a las vacaciones estivales anuales.

Reparan en que, en la medida en que se les nombró para el curso académico 2011/2012 y en que ejercen las mismas funciones que un docente que tenga la condición de funcionario de carrera, no existen razones por las que no puedan realizar las actividades propias de su función una vez finalizado el período lectivo. Por otra parte, los interesados alegan que las resoluciones de cese en puesto de trabajo que les afectan infringen el artículo 7 de la Directiva 2003/88, ya que su relación de servicio se extinguió antes de que pudiesen disfrutar de sus vacaciones anuales.

El órgano jurisdiccional remitente precisa que la falta de necesidad del trabajo de los docentes una vez finalizado el período lectivo constituye causa legal de extinción de la relación de servicio en la fecha en que concluye dicho período.

En cuanto a la aplicación del principio de no discriminación, el órgano jurisdiccional remitente estima que los docentes nombrados como funcionarios interinos están comprendidos en el concepto de “*trabajador con contrato de duración determinada*” en el sentido del Acuerdo Marco, en la medida en que son nombrados para cubrir puestos de funcionarios docentes que están vacantes. Por su parte, los docentes que tienen la condición de funcionarios de carrera podrían encajar en el concepto de “*trabajador fijo comparable*” en el sentido de la cláusula 4 del referido Acuerdo. Así pues, para aplicar dicha cláusula es preciso comparar la situación en que se encuentran los funcionarios interinos y la de los funcionarios de carrera que realizan una actividad similar en los mismos centros docentes o en otros de la misma Comunidad Autónoma.

En definitiva, se plantea la cuestión de si la finalización del período lectivo constituye efectivamente una razón objetiva que justifique un trato diferenciado entre los docentes en función de que sean funcionarios interinos o funcionarios de carrera.

**3.** El Tribunal decidió suspender el procedimiento y plantear al Tribunal de Justicia las siguientes cuestiones prejudiciales:

En primer lugar, si la finalización del período lectivo del curso escolar puede considerarse una razón objetiva que justifique un diferente trato a los precitados funcionarios docentes interinos respecto de los funcionarios docentes fijos.

En segundo lugar, si resulta compatible con el principio de no discriminación de estos funcionarios docentes interinos cuando son cesados al término del período lectivo la imposibilidad de disfrutar sus vacaciones en días efectivos de descanso que se sustituye mediante el abono de las retribuciones correspondientes.

Y, en tercer lugar, si es compatible con el principio de no discriminación de estos funcionarios una norma como la contenida en la Ley de Presupuestos de 2012 que dispone que por razones de ahorro presupuestario y cumplimiento de objetivos de déficit se suspende el abono en concepto de vacaciones de julio y agosto para las sustituciones de más de 5 meses y medio, así como para las vacantes.

**4.** La primera cuestión prejudicial se responde precisando que la cláusula 4, apartado 1, del Acuerdo Marco no se opone a una normativa nacional que permite a un empleador extinguir, en la fecha en que finaliza el período lectivo, la relación de servicio de duración determinada de los docentes nombrados como funcionarios interinos para un curso académico por el hecho de que, en esa fecha, ya no se dan las razones de necesidad y urgencia a las que se supeditó su nombramiento, mientras que se mantiene la relación de servicio por tiempo indefinido de los docentes que son funcionarios de carrera.

Sobre las cuestiones prejudiciales segunda y tercera precisa el Tribunal que el artículo 7, apartado 2, de la Directiva 2003/88 debe interpretarse en el sentido de que no se opone a una normativa nacional que permite extinguir, en la fecha en que finaliza el período lectivo, la relación de servicio de duración determinada de los docentes nombrados como funcionarios interinos para un curso académico, aun cuando esta circunstancia prive a esos docentes de días de vacaciones estivales anuales retribuidas correspondientes a dicho curso académico, siempre que los referidos docentes perciban una compensación económica por este 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 de la base de datos del Tribunal. En la siguiente página web se puede clicar para acceder a todos los casos en los que el reino de España ha sido parte demandada, ordenados cronológicamente: <https://hudoc.echr.coe.int/eng#%7B%22languageisocode%22:%5B%22SPA%22%5D,%22respondent%22:%5B%22ESP%22%5D,%22documentcollectionid%22:%5B%22GRANDCHAMBER%22,%22CHAMBER%22%5D%7D>

### 2. Sentencia de 6 de noviembre de 2018. Asunto: *Vicent del Campco c. España* (demanda núm.: 25527/13). *Responsabilidad patrimonial de la administración y acoso en lugar de trabajo.*

**1.** El procedimiento principió por demanda del señor Fernando Vicent del Campo (“*el demandante*”) contra el Reino de España.

El demandante trabajaba como profesor en un colegio público. Una compañera de profesión y que trabajaba en el mismo centro de trabajo le denunció ante las autoridades educativas por acoso psicológico en el trabajo. La administración la inadmitió al considerar que no había existido dicho acoso, sino meras diferencias laborales.

En junio de 2006 la mujer interpuso una demanda administrativa ante el órgano público del que dependía el colegio con el fin de obtener una reparación por el mal funcionamiento de la administración pública. Pretendía que la administración fuera considerada responsable por el supuesto acoso psicológico padecido en el trabajo. Las autoridades competentes no dictaron una resolución dentro de plazo.

En enero de 2007 la colega del demandante interpuso un recurso contencioso-administrativo contra el silencio administrativo negativo. Reclamó, básicamente, que había estado sometida a acoso laboral por parte del demandante desde el año académico 2000-2001 en adelante, y que las autoridades competentes no tomaron medida alguna para impedirlo. Describió una serie de hechos en los que el demandante supuestamente le había acusado falsamente y le sometió a trato discriminatorio y humillante, falta de respeto, insultos y amenazas de muerte en el puesto de trabajo en presencia de estudiantes, padres y de otros compañeros. Solicitaba una indemnización a la dependencia Administrativa de la que dependía el colegio por un importe de 74.434,12 euros. También solicitaba la restitución en su puesto de trabajo como profesora del colegio, y que se tomaran todas las medidas adecuadas para prevenir cualquier riesgo potencial en el puesto de trabajo en relación al riesgo psicosocial comentado.

El Tribunal jurisdiccional correspondiente mediante sentencia resolvió indemnizar a la colega del demandante con una cantidad de 14.500 euros. Y, lo que es más relevante, declaró que la colega del demandante sufrió una situación de acoso laboral y que las autoridades educativas, a pesar de ser conscientes de la situación, no habían tomado medidas efectivas para ponerle fin. El razonamiento del Tribunal sentencio que: *“...de las pruebas documental, testifical y pericial obrantes en autos podemos considerar acreditada la existencia.../...de una situación de acoso moral laboral por concurrir en la conducta del (demandante) hacia la actora los elementos material –hostigamiento profesional injustificado–, temporal –habitual y reiterado–, e intencional –malicioso y no casual–, que como hemos expuesto configuran el denominado mobbing.../...y aunque también hemos de considerar acreditado que el comportamiento (del demandante) tenía cierto grado de globalidad o colectivo.../...sin embargo, en el caso concreto de la actora.../...ese comportamiento global de falta de respeto y educación se tradujo, de forma más intensa y señalada.../...en una reiterada y consciente descalificación profesional, de subestimación y ridiculización de su capacidad docente, lo que así resulta no solo de las quejas documentadas ya reseñadas.../...sino y sobre todo de la expresiva prueba testifical...”*

El demandante en diciembre de 2011 solicitó acceder al expediente administrativo y tenerle por parte en el procedimiento. En enero de 2012 el Tribunal concedió el acceso al expediente al demandante pero rechazó su petición de tenerle por parte en el procedimiento, básicamente porque no podía considerarse interesado en un procedimiento de responsabilidad patrimonial contra la administración pública. En febrero de 2012 el demandante solicitó la nulidad de actuaciones, pero su pretensión fue desestimada al considerarla extemporánea por el Tribunal mediante auto en marzo de 2012. El Tribunal reitera que el objetivo del procedimiento era determinar la responsabilidad por los daños sufridos por la colega del demandante como consecuencia de las actuaciones de las autoridades y del personal de la administración pública, y precisa que el procedimiento establecido excluye la posibilidad de que sus autoridades o su personal sean parte interesada en dicho procedimiento, recordando, no obstante, que siempre existe la posibilidad de que la administración afectada emprenda una "acción de regreso" contra los infractores.

El demandante recurrió en amparo ante el Tribunal Constitucional, invocando la infracción del artículo 24 de la CE al entender que pese a tener un interés personal y directo en el procedimiento no había sido citado a comparecer y su petición de ser parte en el procedimiento fue rechazada. El Tribunal Constitucional inadmitió el recurso mediante auto de 2 de octubre de 2012.

**2.** El demandante ante el TEDH alegó la vulneración del derecho al respeto a su vida privada, por cuanto la sentencia dictada por el Tribunal en el marco del procedimiento de responsabilidad incoado contra la Administración Pública no le había tenido por parte en el procedimiento y que las alegaciones de acoso formuladas en su contra había supuesto una injerencia injustificada en su derecho al honor y a la reputación.

Sostiene, básicamente, que la sentencia dictada por el Tribunal había a su 'vida privada', y había lesionando su honor y reputación al establecer que había cometido actos de acoso laboral, tales como trato vejatorio, insultos y amenazas de muerte, que supuestamente causaron un daño psicológico

a su colega, todo ello sin haberle otorgado la oportunidad de defenderse de las acusaciones formuladas exclusivamente contra él. También precisa que la cobertura mediática de la resolución judicial y del caso habían afectado negativamente a su integridad moral y psicológica y que había padecido de manera personal, social, psicológica y profesional, pues una vez publicada la sentencia, la reputación del demandante en su vecindario, en la comunidad educativa y entre sus amigos y familiares en una ciudad pequeña sufrió un daño irreparable. Alega haber estado incapacitado para el trabajo durante más de un año, haber recibido tratamiento psicológico y haberse enfrentado a la hostilidad y desconfianza de sus colegas, así como de los estudiantes y los padres de estos cuando se incorporó al trabajo.

3. El Gobierno sostuvo que el Tribunal había dictado una sentencia en la que se exponían hechos que se referían exclusivamente al objeto del procedimiento. Se pretendía juzgar exclusivamente los actos de la administración pública y su eventual responsabilidad, por lo que el demandante no tenía un interés legítimo en ser parte en el procedimiento, ya que en ningún caso se había visto afectado por ellos. También precisa que no podía considerarse responsable de la posterior publicación del texto de la sentencia por cualquiera de las partes en el procedimiento.

4. El TEDH recuerda que el derecho a la protección de la reputación es un derecho protegido por el artículo 8 del Convenio como parte del derecho al respeto de la vida privada. Término el de '*vida privada*' no susceptible de una definición exhaustiva que incluye la integridad física y psicológica de una persona y, por lo tanto, puede abarcar múltiples aspectos de la identidad como el nombre o los elementos relacionados con el derecho a su propia imagen, incluyendo la información personal que los individuos pueden legítimamente esperar que no se publique sin su consentimiento.

Aunque es cierto que el objetivo esencial del artículo 8 del Convenio es proteger a las personas contra la injerencia arbitraria de las autoridades públicas, también puede imponer al Estado ciertas obligaciones positivas para garantizar el respeto efectivo de los derechos protegidos por el artículo 8. Obligaciones pueden incluir la adopción de medidas destinadas a garantizar el respeto de la vida privada incluso en el ámbito de las relaciones de los individuos entre sí.

5. El TEDH señala, que, efectivamente, que el demandante no fue parte en el procedimiento de responsabilidad incoado contra la administración pública. Y también considera que queda constatado que la sentencia del Tribunal reveló la identidad del demandante y declaró que su conducta había constituido acoso psicológico e intimidación. Precisa que, efectivamente, la publicación de estas conclusiones pudo afectar negativamente al derecho a disfrutar de su vida privada y familiar.

Los hechos en los que se basa la reclamación del demandante entran en el ámbito de aplicación del artículo 8 del Convenio. Considera que puede admitirse razonablemente que el demandante no podía prever las consecuencias que la sentencia del Tribunal Superior de Justicia tendría para él. También aprecia que el demandante no tenía conocimiento del procedimiento, no fue citado a comparecer y no fue parte en el procedimiento, aunque es cierto que el único objetivo del procedimiento era determinar la responsabilidad objetiva de la administración pública afectada como consecuencia de los actos u omisiones de los empleados públicos en el ejercicio de sus funciones. Debe tenerse presente, además, que la denuncia presentada contra el demandante por su colega por acoso psicológico en el lugar de trabajo había sido desestimada anteriormente no habiéndose interpuesto ninguna otra medida contra él.

6. En definitiva, el TEDH considera que la inclusión por el Tribunal de la identidad del demandante, junto con la declaración de sus actos como parte de su propio razonamiento en la sentencia, supuso una '*injerencia*' en el derecho del demandante al respeto de su vida privada, garantizado por el artículo 8 del Convenio.

La injerencia causará una vulneración a no ser que pueda demostrarse que estaba '*prevista por la ley*', que perseguía uno o varios objetivos legítimos mencionados en el apartado 2 del art. 8, o que era '*necesaria en una sociedad democrática*'.

Desecha la posibilidad de que estuviera prevista por la ley, queda por analizar si la inclusión de la declaración en la citada sentencia perseguía algún objetivo legítimo. El Tribunal reconoce que es

cierto que existe un interés público en garantizar la transparencia de los procedimientos judiciales, por lo que se considera que el razonamiento de la sentencia del Tribunal español puede haber perseguido un objetivo legítimo, en concreto garantizando los derechos de la colega del demandante, al reconocer y revelar públicamente los hechos como una forma de reparación del perjuicio sufrido.

También entiende el Tribunal que el procedimiento de responsabilidad contra la administración pública contaba con características específicas que deben ser tenidas en consideración. Y, sobre todo, que el Tribunal nacional no se limitó en su razonamiento a declarar la responsabilidad objetiva de la administración pública, ni a concluir que la situación sufrida por la colega del demandante había constituido acoso laboral o que las autoridades educativas, a pesar de ser conscientes de la situación, no habían tomado medidas efectivas para prevenirla o ponerle fin. Fue más allá al afirmar que la conducta del demandante había supuesto un acoso psicológico reiterado.

Sin embargo, el Tribunal considera que divulgar el nombre completo del demandante junto con la declaración de sus acciones en la sentencia del Tribunal nacional como parte de su propio razonamiento no se apoyó en ningún motivo convincente.

El Tribunal entiende que el Tribunal nacional, con arreglo a la legislación española pertinente podía omitir cualquier mención en la sentencia que permitiera identificar al demandante o restringir la publicación de los procedimientos judiciales por razones de orden público o de protección de los derechos y libertades. Podía haber adoptado medidas de protección para preservar el anonimato del demandante y decidir de oficio no revelar su identidad o eliminar sus datos identificativos para la protección de sus derechos y libertades, que podría haberse logrado, por ejemplo, refiriéndose a él simplemente por sus iniciales. Esta medida habría limitado el efecto de la sentencia en el derecho a la reputación y a la vida privada del demandante.

Un dato importante para este Tribunal es que queda constatado que el demandante no habría tenido conocimiento del procedimiento hasta alrededor de un mes después de haberse dictado la sentencia. Es decir, más de cinco años después de que la denuncia contra el demandante hubiera sido desestimada por las autoridades educativas competentes. De ninguno de los documentos del expediente se desprende que el demandante haya sido informado, interrogado, citado o notificado por otro medio o autoridad nacional de la última demanda interpuesta por su colega. También se constata que su colega no emprendió ninguna acción judicial (penal o de otro tipo) contra el demandante tras la desestimación de la denuncia por acoso presentada ante las autoridades educativas. En definitiva, el demandante no pudo solicitar al Tribunal nacional que no revelara su identidad o sus datos personales antes de que se dictara sentencia.

El Tribunal considera, por tanto, que la sentencia nacional ha injerido en el derecho del demandante al respeto de su vida privada, no estaba suficientemente fundamentada por las circunstancias concretas del caso

**7.** Con respecto a la indemnización que procede en aplicación del art. 41 del Convenio, el Tribunal considera que el demandante no ha fundamentado la cuantía de la reclamación que solicita respecto a los daños materiales, por lo que rechaza dicha reclamación, aunque le concede al demandante 12.000 euros en concepto de daños morales. También se le concede toda la indemnización solicitada en concepto de costas, aplicándosele también los intereses de demora incrementado en tres puntos.

**8.** En definitiva, se declara la demanda admisible la pretensión del demandante, se considera, por unanimidad, que se ha vulnerado el artículo 8 del Convenio, y se conceden las dos indemnizaciones comentadas

**9.** La sentencia cuenta con un voto conjunto parcialmente disidente de los jueces Keller y Serghides. Aunque están plenamente de acuerdo en que se ha producido una vulneración del art. 8, no pueden aceptar que dicha conclusión haga innecesario el examen de una posible vulneración del artículo 6.1 del Convenio. Creen que efectivamente se ha vulnerado su derecho a la tutela judicial efectiva del art 6.1. El demandante se quejó de que no había contado con la oportunidad de abordar las alegaciones de acoso laboral formuladas exclusivamente contra él durante el procedimiento sustanciado ante el Tribunal nacional, impidiéndole la participación en el mismo. Y este es el matiz trascendente que confiere

virtualidad lesionadora a la decisión del Tribunal nacional, porque lo que se lesiona es su derecho a participar en un procedimiento jurisdiccional que puede ocasionarle perjuicios sustantivos, como los que se consideran producidos en relación con el art. 8 del Convenio ya así considerados en esta resolución.

El voto particular entiende, por tanto, que habría sido aconsejable abordar completamente ambas cuestiones en la sentencia de manera separada, básicamente porque las serias limitaciones que impone la legislación nacional a que las personas eventuales afectadas por una resolución como la aquí cuestionada pueden ser incompatibles con las garantías que se deducen del art. 6.1 del Convenio.

APLICABILIDAD DE UN ACUERDO DE ELECCIÓN DE FORO  
A UNA RECLAMACIÓN DE INDEMNIZACIÓN DE DAÑOS POR  
VULNERACIÓN DEL ARTÍCULO 102 TFUE: EL CASO APPLE  
SALES INTERNATIONAL (C-595/17)

APPLICABILITY OF A JURISDICTION AGREEMENT TO A  
CLAIM OF DAMAGES BY INFRINGEMENT OF ARTICLE 102  
TFEU: THE APPLE SALES INTERNATIONAL CASE (C-595/17)

ALFONSO-LUIS CALVO CARAVACA

*Catedrático de Derecho Internacional Privado  
Universidad Carlos III de Madrid*

*Vocal Permanente de la Comisión General de Codificación*

ORCID ID: 0000-0003-2236-4641

JULIA SUDEROW

*Profesora de la Universidad de Deusto  
Abogada*

Recibido: 24.06.2019 / Aceptado: 18.07.2019

DOI: <https://doi.org/10.20318/cdt.2019.4970>

**Resumen:** La aplicación privada del derecho de la Competencia no se limita tan sólo a acciones de daños por infracciones del art. 101 TFUE, sino que también abarca las acciones *follow on* y *stand alone* contra los abusos de posición de dominio sancionados por el art. 102 TFUE. Se trata de acciones que tienen su origen en conductas unilaterales en las que las cláusulas de atribución de competencia juegan un papel esencial. El TJUE resuelve con la sentencia *Apple Sales* ciertas dudas sobre el alcance de estas cláusulas si bien su respuesta genera nuevas cuestiones que podrán plantearse en futuros litigios. La voluntad de las partes y la proporcionalidad tendrán que seguir siendo los elementos sobre los que pivote la exclusividad del foro de sumisión expresa.

**Palabras clave:** acciones para la indemnización de daños anticompetitivos, acciones autónomas, acciones de seguimiento, acuerdos de elección de foro, arbitraje, competencia judicial internacional, Daños, Derecho antitrust, Derecho europeo de la competencia, Unión Europea.

**Abstract:** Private enforcement of Competition Law is not limited to cartel damage claims based on infringements of art. 101 TFEU. *Follow on and Stand alone* actions against the abuse of dominance sanctioned by art. 102 TFEU are also included. They are actions derived from unilateral conducts where jurisdiction agreements play an important role. In the ruling *Apple Sales*, the ECJ solves certain doubts about the scope of this type of clauses but its answer generates new questions that will be dealt in future disputes. The will of the parties as well as the proportionality will still be the basis of the exclusivity of the forum.

**Keywords:** antitrust damages actions, stand-alone actions, follow-on actions, jurisdiction agreements, arbitration, jurisdiction, damages (Torts), Antitrust Law, European Competition Law, European Union.

**Sumario:** I. Planteamiento del problema. II. Origen del problema. III. Doctrina del TJUE. 1. Distanciamiento del caso CDC. A) Diferencia procesal entre ilícitos concurrenciales unilaterales y plurilaterales. B) Calificación del acuerdo de elección de foro como abuso de posición dominante. 2. Hipotética extensión a los acuerdos de arbitraje. 3. Aplicabilidad de la solución a las acciones *stand-alone* y *follow-on*. 4. Previsibilidad. A) Doctrina del TJUE. B) Aplicación a nivel nacional. C) Cláusulas de *compliance* y de daños liquidativos. IV. Conclusión.

## I. Planteamiento del problema

1. En la actualidad, el Derecho antitrust europeo se apoya, cada vez más, en la denominada “aplicación privada” (*private enforcement*) del Derecho de la competencia; es decir, en procedimientos civiles ante tribunales civiles de los Estados miembros, cuyo objeto principal suele ser la declaración de *nullidad* de un contrato contrario a las normas sobre libre competencia<sup>1</sup> o la *indemnización de los daños* causados por la infracción de tales normas (arts. 101 y 102 TFUE)<sup>2</sup>. Es –como ha apuntado P. MANKOWSKI– una tarea en la que la propia UE junto con contadas excepciones como el Reino Unido, Alemania y Holanda, ha sido pionera ante la pasividad de la mayoría de los Estados miembros y en la que no se debe menospreciar la importancia de las normas de competencia judicial internacional, debido a la frecuencia con la que los acuerdos colusorios o los abusos de posición dominante tienen una dimensión transfronteriza<sup>3</sup>. En efecto, desde sus orígenes las acciones *follow on* basadas en los hechos constatados en las resoluciones sancionadoras de la Comisión Europea han servido de base a las principales acciones planteadas hasta la fecha. Las propias normas de atribución de competencia sancionadora en favor de la Comisión Europea implican que este organismo sancione conductas que afectan mercado entre dos o más Estados miembros y que las empresas sancionadas pueden estar domiciliadas en distintos Estados miembros. De esta forma, el origen de las reclamaciones, la conducta anticoncurrencial tiene alcance transnacional. Por ello, la competencia judicial internacional juega un rol determinante para la acción *follow on* basada en la decisión sancionadora de la Comisión Europea. Así, incluso tras la incorporación

<sup>1</sup> *Vid., ad ex.*, R. BECHTOLD, “Umfang und Grenzen der kartellrechtlichen Nichtigkeitssanktionen”, en *Global wisdom on business transactions, international law and dispute resolution: Festschrift für Gerhard Wegen zum 65. Geburtstag*, 2015, pp. 365-375; I. BENÖHR, “The impact of competition law on the private law concepts of nullity and damages”, en H.-W./C.H. SIEBURGH (EDS.), *Primary EU law and private law concepts*, Cambridge, Intersentia, 2017, pp. 133-164; A.-L. CALVO CARAVACA, “Derecho antitrust europeo y sanciones civiles: la nulidad (art. 101.2 TFUE)”, en L. PRATS ALBENTOSA/G. TOMÁS MARTÍNEZ (COORD.), *Culpa y responsabilidad*, Cizur Menor, Thomson Reuters Aranzadi, 2017, pp. 149-172; C. CAUFFMAN, “The impact of Article 101(2) TFEU nullity on private law”, en H.-W./C.H. SIEBURGH (EDS.), *Primary EU law and private law concepts*, Cambridge, Intersentia, 2017, pp. 165-205; T. EILMANSBERGER, “Zur Nichtigkeit kartellrechtswidriger Vereinbarungen und ihren Konsequenzen (1. Teil)”, *JBl*, 131, 6, 2009, pp. 337-350; ID., “Zur Nichtigkeit kartellrechtswidriger Vereinbarungen und ihren Konsequenzen (2. Teil)”, *JBl*, 131, 7, 2009, pp. 427-436; R. FEDERICO, “Operazione economica e nullità dei contratti derivati da intesa anticoncorrenziale”, *Il corriere giuridico*, XXXV, 8-9, 2018, pp. 1066-1074; S. GONZÁLEZ GARCÍA, *La nulidad de los negocios restrictivos de la competencia*, Madrid, Marcial Pons, 2016; C. HERRERO SUÁREZ, “La nulidad de las conductas anticompetitivas”, en *La lucha contra las restricciones de la competencia: sanciones y remedios en el ordenamiento español*, Granada, Comares, 2017, pp. 223-268; D. HOLZINGER, *Marktmissbrauch und Nichtigkeit: Vertragsnichtigkeit bei Verstößen gegen das Marktmissbrauchsverbot*, Wien, 2012; H. KÖHLER, “Wettbewerbsverstoß und Vertragsnichtigkeit”, *JZ*, 65, 15/16, 2010, pp. 767-774; L. MARITZEN, “EuGH, teilweise Nichtigerklärung innerhalb einer einheitlichen und fortdauernden Zuwiderhandlung: EuGH 6.12.2012, Rs C-441/11 P, Coppins”, *ÖZK*, n° 2, 2013, pp. 68-72; J. MOHR, “Privatrechtliche Nichtigkeit von Kartellen und öffentlich-rechtlicher Vertrauensschutz”, *ZWeR*, 9, 4, 2011, pp. 383-406; E. RITTENAUER/M.-T. RICHTER, “Zur Reichweite der kartellrechtlichen Nichtigkeitssanktion: trennbar oder untrennbar, das ist hier die Frage”, *Ecolex*, 26, 10, 2015, pp. 877-881; W.-H. ROTH, “Nichtigkeit von Gesellschaftsverträgen bei Verstoß gegen das europäische Kartellverbot”, en *Festschrift für Klaus J. Hopt zum 70. Geburtstag am 24. August 2010: Unternehmen, Markt und Verantwortung*, vol. 2, Berlin, 2010, pp. 2881-2900; J. TOLD, “Schadenersatz nach § 37a KartG im Verhältnis zu bereicherungsrechtlichen Rückabwicklungsansprüchen aufgrund Nichtigkeit von Kartellfolgeverträgen”, *JBl*, 136, 1, 2014, pp. 14-27; K. SCHMIDT, “Kartellnichtigkeit von Folgeverträgen: alles neu seit ‘Courage’ und seit der Siebenten GWB-Novelle?”, en S. BECHTOLD/J. JICKELI/M. ROHE (HRSG.), *Recht, Ordnung und Wettbewerb: Festschrift zum 70. Geburtstag von Wernhard Möschel*, Baden-Baden, 2011, pp. 559-578; ID., “Nichtigkeit oder Abwicklung kartellrechtswidriger Gemeinschaftsunternehmen? Theorie für die Praxis und sieben Thesen”, *BB*, 69, 10, 2014, pp. 515-520.

<sup>2</sup> *Vid., ad ex.*, R. IINDERST/S. THOMAS, *Schadenersatz bei Kartellverstößen: Juristische und ökonomische Grundlagen und Methoden*, 2ª ed., Düsseldorf, Handelsblatt Fachmedien GmbH, 2018.

<sup>3</sup> P. MANKOWSKI, “Reichweite von Gerichtsstandsvereinbarungen - kartellrechtliche Schadenersatzklage”, *Juristenzeitung*, 2019, pp.141-144 (p. 141).



de la 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 siguen existiendo diferencias determinantes<sup>4</sup> entre las distintas jurisdicciones relacionadas con cuestiones procesales, económicas y técnicas entre otros. Por ello, la competencia judicial internacional, sigue siendo una cuestión esencial que en ocasiones puede marcar la viabilidad de la reclamación.

2. Cabe preguntarse si un distribuidor autorizado puede demandar a su proveedor ante los tribunales de un Estado miembro de la UE en virtud de un *acuerdo de elección de foro*, cuando concurren *tres circunstancias*: a) se acusa al fabricante o proveedor de haber abusado de su *posición dominante* en el mercado (art. 102 TFUE) y, por tanto, se le reclama una indemnización por daños causado por dicho abuso; b) el acuerdo de elección de foro que sirve de fundamento a la demanda no se refería *explícitamente* a que pudiera ser usado ante el tribunal elegido en el caso de acciones judiciales que tuvieran su origen en infracciones del Derecho de la UE en materia de libre competencia; c) no existe *ninguna resolución administrativa previa e irrecorrible* de ninguna autoridad nacional de competencia de un Estado miembro de la UE ni tampoco de la Comisión Europea que haya declarado que el proveedor hubiese cometido *abuso de posición dominante* (art. 102 TFUE) (acción *stand alone*).

3. La STJUE 24 octubre 2018, C-595/17, *Apple Sales International y otros*, ECLI:EU:C:2018:854, ha dado respuesta a la anterior cuestión<sup>5</sup>. Es una resolución judicial muy importante por varios motivos. En primer lugar, aporta una cierta claridad a un *tema delicado y complejo*, como es la aplicabilidad de los acuerdos de elección de foro a las infracciones del Derecho europeo de la competencia; ya que colma una *laguna de la jurisprudencia europea, tratada hasta la fecha tan sólo por los tribunales nacionales, del Reino Unido, Portugal y Alemania entre otros*: si la solución prevista para determinar el alcance de los acuerdos de elección de foro frente a las acciones civiles contra daños causados por acuerdos colusorios (art. 101 TFUE) es la misma en caso de que se trate de acciones civiles contra daños causados por abusos de posición dominante (art. 102 TFUE). En segundo lugar, da pie para que la doctrina plantee si la solución del TJUE al caso *Apple Sales International* es extrapolable a los acuerdos de arbitraje (*Schiedsgerichtsvereinbarungen*). No obstante, la conclusión del TJUE invita a pensar que las acciones derivadas de una infracción del art. 101 TFUE, es decir cárteles y otras conductas relacionadas podrán considerarse *per se* extracontractuales mientras que las acciones derivadas de una infracción del artículo 102 TFUE se clasificarán como obligaciones contractuales a los efectos del Reglamento Bruselas I Bis. Esta conclusión, aparentemente sencilla y de fácil implementación puede generar cierta confusión en la práctica por los motivos que expondremos a continuación. En efecto, una consecuencia natural al aumento de las acciones de daños y a su dimensión transnacional y a su complejidad práctica es el aumento de las cláusulas de atribución de competencia, las cláusulas de cumplimiento de las normas del derecho de la competencia,

<sup>4</sup> Sobre la transposición de la Directiva véase, *per omnia*, C. HERRERO SUAREZ, “La transposición de la Directiva de daños antitrust. Reflexiones a raíz de la publicación de la propuesta de Ley de transposición de la Directiva”, *CDT*, 8, 1, 2016, pp. 150-183.

<sup>5</sup> Comentada por P.-J. BUESO GUILLÉN, “Cláusulas de sumisión a fuero y ejercicio de acciones de daños y perjuicios derivados de ilícitos ‘antitrust’. A propósito del As. C-595/17 *Apple vs. MJA*”, en J.I. RUIZ PERIS (DIR.)/T. PALOMAR TEJEDOR (COORD.), *Problemas actuales en las acciones de compensación de daños por infracción de las normas de competencia*, Cizur Menor (Navarra), Thomson Reuters Aranzadi, 2019, pp. 55-76; P. CARO DE SOUSA, “Should Jurisdictional Clauses be Interpreted Differently in Competition Law Cases?: A Comment on Case C 595/17 *Apple* ECLI:EU:C:2018:854”, *Competition Policy International*, November 2018, pp. 1-6; C. KRÜGER/M. SEEGER, “Gerichtsstands- und Schiedsklauseln bei Schadensersatz in Missbrauchs- und Kartellfällen im Lichte des *Apple-Urteils* des EuGH”, *WuW*, 4, 2019, pp. 170-173; P. MANKOWSKI, “Reichweite von Gerichtsstandsvereinbarungen - kartellrechtliche Schadensersatzklage”, *Juristenzeitung*, 2019, pp.141-144; R.M. MOURA RAMOS, “Acórdão de 24/10/2018 (Pactos atributivos de jurisdição e direito da concorrência)”, *Revista de legislação e de jurisprudência*, 2018, pp. 108-131; P. PARADELA AREÁN, “La eficacia de las cláusulas jurisdiccionales en la aplicación privada del Derecho de la competencia: Sentencia del Tribunal de Justicia de 24 de octubre de 2019, asunto C-595/17: *Apple Sales International y otros*”, *La Ley Unión Europea*, nº 67, 28 febrero 2019; O. SEGGEWISSE, “Anwendbarkeit einer Gerichtsstandsklausel auf Schadensersatzklage wegen Wettbewerbsverstoß”, *EuZW*, 30, 2, 2019, pp. 81-82; D. WIEGANDT, “Zur Anwendung einer Gerichtsstandsklausel auf Schadensersatzklage eines Händlers gegen Lieferanten wegen Marktmachtmisbrauchs (‘*Apple Sales International u. a.*’)”, *EWiR*, 2, 2019, pp. 61-62.

así como las cláusulas de determinación de daños liquidativos. Precisamente esto explica la irrupción de estos acuerdos que se refieren a cualquier tipo de infracción del Derecho de la competencia; esto es, tanto al abuso de posición dominante como conductas multilaterales, como puede ser un cártel. Así, la práctica invita a pensar que el análisis deberá plantearse, caso por caso, para poder determinar la voluntad real de las partes en relación al negocio jurídico afectado por la conducta anticompetitiva.

## II. Origen del problema

4. En 2002, la sociedad irlandesa Apple Sales International y eBizcuss concluyeron un contrato por el que esta última empresa adquiriría la condición de revendedor autorizado de productos de la marca Apple. En el contrato, se insertó un acuerdo de elección de foro en virtud del cual se designaba competentes a los tribunales de Irlanda: “*This Agreement and the corresponding relationship between the parties shall be governed by and construed in accordance with the laws of the Republic of Ireland and the parties shall submit to the jurisdiction of the courts of the Republic of Ireland. Apple [Sales International] reserves the right to institute proceedings against Reseller in the courts having jurisdiction in the place where Reseller has its seat or in any jurisdiction where a harm to Apple [Sales International] is occurring*”<sup>6</sup>.

5. Pese a dicha cláusula, en 2012, eBizcuss el vendedor autorizado demandó a Apple Sales International y a otras sociedades del grupo Apple (la sociedad estadounidense Apple Inc. y la sociedad francesa Apple Retail France EURL) ante el *Tribunal de commerce* de París. La demanda ante el tribunal francés se basaba, desde el punto de vista de la competencia judicial internacional, en que Francia era el lugar de los hechos dañosos, y, desde el punto de vista del fondo, en que tales hechos estaban tipificados, como antijurídicos, en el art. 102 TFUE (abuso de posición dominante), además de otras disposiciones legales. Apple Sales International impugnó la competencia del tribunal francés ante el que eBizcuss interpuso la demanda y éste proclamó efectivamente que carecía de competencia judicial internacional para pronunciarse sobre el fondo del asunto, habida cuenta de la existencia de una cláusula de sumisión expresa a los tribunales irlandeses (sentencia *Tribunal de commerce* de París 26 septiembre 2013). El asunto objeto de discusión, como consecuencia de varias *incidencias procedimentales*, pasó sucesivamente por un *carrusel de diversos tribunales franceses*: La *Cour d’appel* de París, que conoció del recurso interpuesto por eBizcuss contra la anterior resolución judicial y que desestimó dicho recurso (sentencia *Cour d’appel* de París 8 abril 2014). La *Cour de cassation* estimó que el tribunal de apelación había infringido la interpretación que el Tribunal de Justicia había dado al art. 23 del Reglamento (CE) n° 44/2001 del Consejo, de 22 diciembre 2000, relativo a la competencia judicial, el reconocimiento y la ejecución de resoluciones judiciales en materia civil y mercantil en el caso *CDC Hydrogen Peroxide* (sentencia *Cour de cassation* 7 octubre 2015). Aparentemente así era: el *Tribunal de commerce* de París había admitido el acuerdo de elección de foro; aunque éste no tenía relación alguna con litigios derivados del incumplimiento del Derecho de la competencia. La *Cour de cassation* reenvió el caso a la *Cour d’appel* de Versailles que, a su vez, no tuvo otro remedio que estimar la interpretación dada al art. 23 del Reglamento 44/2001 y lo remitió al tribunal de instancia (el *Tribunal de commerce* de París) (sentencia *Cour d’appel* de Versailles 25 octubre 2016). Contra esta última sentencia, las tres sociedades del grupo Apple interpusieron un recurso de casación. Además, el órgano judicial remitente expuso que le constaba que la sentencia del Supremo Tribunal de Justiça de Portugal 16 febrero 2016, *Interlog y Taboada c. Apple*, había estimado la incompetencia de los tribunales portugueses en un caso de indemnización de daños por abuso de posición dominante, en el que la empresa demandada era también Apple y en el que existía una cláusula atributiva de competencia judicial, redactada en términos generales, semejante a la del caso *Apple Sales International* (Acórdão do Supremo Tribunal de Justiça de Portugal, n° 135/12.7TCFUN.L1.S1)<sup>7</sup>.

<sup>6</sup> Este acuerdo y la correspondiente relación entre las partes se regirá y se basa en las leyes de la República de Irlanda y las partes se someten a la jurisdicción de los tribunales de la República de Irlanda. Apple [Sales International] se reserva el derecho de iniciar un procedimiento contra el Revendedor ante los tribunales que tengan jurisdicción en el domicilio del Revendedor o en cualquier jurisdicción en la que esté generando un daño a Apple [Sales International].

<sup>7</sup> Disponible en: <http://www.dgsi.pt/jstj.nsf/-/1C7619DD818936D680257F5B00541003>.

6. La *Cour de cassation*, probablemente cautiva del *síndrome del día de la marmota*, suspendió el procedimiento y elevó al Tribunal de Justicia de la UE tres cuestiones prejudiciales:

- “1) ¿Debe interpretarse el artículo 23 del Reglamento nº 44/2001 en el sentido de que permite al juez nacional que conoce de una acción por daños y perjuicios ejercitada por un distribuidor contra su proveedor sobre la base del artículo 102 [TFUE] aplicar una cláusula atributiva de competencia prevista en el contrato celebrado entre las partes?
- 2) En caso de respuesta afirmativa a la primera cuestión, ¿debe interpretarse el artículo 23 del Reglamento nº 44/2001 en el sentido de que permite al juez nacional que conoce de una acción por daños y perjuicios ejercitada por un distribuidor contra su proveedor sobre la base del artículo 102 [TFUE] aplicar una cláusula atributiva de competencia contenida en el contrato celebrado entre las partes, incluso cuando dicha cláusula no contiene una referencia expresa a los litigios relativos a la responsabilidad derivada de una infracción del Derecho de la competencia?
- 3) ¿Debe interpretarse el artículo 23 del Reglamento nº 44/2001 en el sentido de que permite al juez nacional que conoce de una acción por daños y perjuicios ejercitada por un distribuidor contra su proveedor sobre la base del artículo 102 [TFUE] excluir una cláusula atributiva de competencia prevista en el contrato celebrado entre las partes cuando ninguna autoridad nacional o europea haya detectado una infracción del Derecho de la competencia?”<sup>8</sup>.

### III. Doctrina del TJUE

7. Los acuerdos atributivos de competencia en Derecho antitrust han sido considerados tradicionalmente con recelo y, en todo caso, con meticulosidad (A.-L. CALVO CARAVACA/J. CARRASCOSA GONZÁLEZ)<sup>9</sup>. Estos acuerdos, sin embargo, son objeto de frecuentes discusiones ante los tribunales por varios motivos. Primero, porque el acuerdo de elección de foro prevalece sobre el foro general del domicilio del demandado y sobre los demás foros especiales (como el foro del lugar del hecho dañoso o el del litisconsorcio pasivo) en virtud del *principio de jerarquía de las competencias* (A.-L. CALVO CARAVACA/J. CARRASCOSA GONZÁLEZ)<sup>10</sup>. Segundo, porque son de gran interés para los cartelistas, ya que les permiten *el cálculo y la reducción del riesgo* en el tribunal, si son lo suficientemente amplios y efectivos (P. MANKOWSKI)<sup>11</sup>. Tercero, porque, a diferencia de los foros especiales, los acuerdos atributivos de competencia impiden que los demandantes puedan acudir al *forum shopping* (P. MANKOWSKI)<sup>12</sup>. Cuarto, permiten acumular las posibles acciones en un solo foro y permiten activar el art. 6 III b del Reglamento Roma II, es decir la aplicación de un solo derecho, el del foro cuando el mercado del foro coincida con el domicilio del demandado y se haya visto afectado directa y sustancialmente por la conducta.

Así, como veremos y a pesar del origen eminentemente extracontractual de estas obligaciones, a medida que la aplicación privada avanza, se consolida su uso en todo tipo de contratos y el reconocimiento de este tipo de acuerdos por parte de los tribunales nacionales<sup>13</sup>.

<sup>8</sup> STJUE 24 octubre 2018, C-595/17, *Apple Sales International y otros*, ECLI:EU:C:2018:854, § 19.

<sup>9</sup> *Vid., ad ex.*, 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, Octubre 2018, pp. 7-178 (pp. 42-66).

<sup>10</sup> *Vid., ad ex.*, 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, Octubre 2018, pp. 7-178 (pp. 38-39).

<sup>11</sup> P. MANKOWSKI, “Reichweite von Gerichtsstandsvereinbarungen - kartellrechtliche Schadensersatzklage”, *Juristenzeitung*, 2019, pp.141-144 (p. 141).

<sup>12</sup> P. MANKOWSKI, “Reichweite von Gerichtsstandsvereinbarungen - kartellrechtliche Schadensersatzklage”, *Juristenzeitung*, 2019, pp.141-144 (p. 141).

<sup>13</sup> Cfr. al respecto, *ad ex.*, el siguiente Auto del Tribunal Supremo Alemán: Beschluss BGH 11 diciembre 2018-KZR 66/17, ECLI:DE:BGH:2018:111218BKZR66.17.0. *Vid.* J. WÄSCHLE, *Die Internationale Zuständigkeit für Schadensersatzklagen gegen Weltkartelle, Koordination der Gerichtspflichtigkeit in Europa und den USA*, Tübingen, Mohr Siebeck, 2017.

## 1. Distanciamiento del caso CDC

8. Según el TJUE debe interpretarse el art. 23 R. 44/2001 en el sentido de que no se debe excluir la aplicación de un acuerdo de elección de foro contenido en un contrato entre las partes a una demanda por daños de un comerciante contra su proveedor que se base en el art. 102 TFUE por el solo motivo de que no se mencionen expresamente en ella los litigios relacionados con la responsabilidad por incumplimiento del Derecho de la competencia<sup>14</sup>.

Esta afirmación entraña, al menos, dos *consecuencias procedimentales*. Primera, la supuesta víctima del daño anticompetitivo únicamente puede demandar ante el tribunal elegido por las partes, tal como consta en el contrato que se encuentra en la base del litigio. Segunda, el acuerdo de sumisión priva, de ordinario, a la víctima de la posibilidad de interponer su acción ante cualesquiera de los otros foros que hubieran sido competentes, en caso de que el acuerdo de elección de foro no existiera o fuera ineficaz.

9. Desde un punto de vista técnico, el acuerdo atributivo de competencia objeto del litigio era un “acuerdo de sumisión en favor de una parte”; puesto que resultaba más beneficioso para Apple, que era el proveedor, que para eBizcuss, que era el distribuidor. Tales cláusulas, denominadas también “cláusulas asimétricas de sumisión”, son frecuentes en contratos bancarios y financieros<sup>15</sup>. Si eBizcuss no impugnó, desde un principio, su validez –al menos, no consta que lo hiciera–, se debe probablemente a que era aplicable el art. 23 R. 44/2002. En la actualidad, este tipo de cláusulas es contrario al art. 25 R. 1215/2012 de 12 diciembre 2012 (*Reglamento Bruselas I-bis*)<sup>16</sup>.

### A) Diferencia procesal entre ilícitos concurrenciales unilaterales y plurilaterales

10. En el caso que nos ocupa, el Tribunal de Justicia marcó distancias con la jurisprudencia del caso *CDC Hydrogen Peroxide*. Recuérdese que la STJUE 21 mayo 2015, C-352/13, *CDC Hydrogen Peroxide*, ECLI:EU:C:2015:335, §§ 61 y 62, subrayó que: “[...] se debe considerar que el tribunal que conoce del asunto puede estar vinculado en principio por una cláusula atributiva de competencia que excluya las competencias previstas en los artículos 5 y 6 del Reglamento n° 44/2001, estipulada por las partes [...] La exigencia de aplicación eficaz de la prohibición de los cárteles no puede desvirtuar esa conclusión. En efecto, el Tribunal de Justicia ya ha juzgado que las reglas de Derecho material aplicables al fondo de un litigio no pueden tener incidencia en la validez de una cláusula atributiva de competencia que se ajuste al artículo 17 del Convenio mencionado en el apartado 59 de esta sentencia (véase en ese sentido la sentencia *Castelletti*, C-159/97, EU:C:1999:142, apartado 51). Según la jurisprudencia recordada en el apartado 60 de esta sentencia, esa interpretación también es pertinente para el artículo 23 del Reglamento n° 44/2001”<sup>17</sup>. Es decir, en este precedente, el TJUE había interpretado

<sup>14</sup> STJUE 24 octubre 2018, C-595/17, *Apple Sales International y otros*, ECLI:EU:C:2018:854, § 30.

<sup>15</sup> Sobre estas cláusulas, *vid., ad ex.*, A.-L. CALVO CARAVACA/J. CARRASCOSA GONZÁLEZ/C. CAAMIÑA DOMÍNGUEZ, *Litigación internacional en la Unión Europea I. Competencia judicial y validez de resoluciones en materia civil y mercantil en la Unión Europea. Comentario al Reglamento Bruselas I Bis*, Cizur Menor, Thomson Reuters Aranzadi, 2017, p. 250 (por A.-L. CALVO CARAVACA/J. CARRASCOSA GONZÁLEZ); L. MERRETT, “The future enforcement of asymmetric jurisdiction agreements”, *ICLQ*, 67, 1, 2018, pp. 37-61.

<sup>16</sup> A.-L. CALVO CARAVACA/J. CARRASCOSA GONZÁLEZ/C. CAAMIÑA DOMÍNGUEZ, *Litigación internacional en la Unión Europea I. Competencia judicial y validez de resoluciones en materia civil y mercantil en la Unión Europea. Comentario al Reglamento Bruselas I Bis*, Cizur Menor, Thomson Reuters Aranzadi, 2017, p. 250 (por A.-L. CALVO CARAVACA/J. CARRASCOSA GONZÁLEZ).

<sup>17</sup> Comentada por N. BOYLE/G. CHHOKAR/S. GARTAGANI, “Jurisdiction in follow-on damages claims: update on the judgment of the European Court of Justice in the hydrogen peroxide cartel claim”, *G.C.L.R.*, 8, 3, 2015, pp. R58-R62; L. GEELHAND/S. GARTAGANI, “CDC v Akzo Nobel and Others: Clarifications on the Jurisdiction Rules in Cartel Damages Claims”, *J.E.C.L. & Pract.*, 6, 10, 2015, pp. 713-715; O. GEISS/H. DANIEL, “Cartel Damage Claims (CDC) Hydrogen Peroxide SA v Akzo Nobel NV and Others: A summary and critique of the judgment of the European Court of Justice of May, 21 2015”, *Eur.Compet.L.Rev.*, 2015 pp. 430-435; C. HARLER/J. WEINZIERL, “The ECJ’s CDC-Judgment on Jurisdiction in Cartel Damages Cases: Repercussions for International Arbitration”, *EWS*, 2015, 3, pp. 121-123; R. HARMS/J.A. SANNER/J. SCHMIDT, “EuGVVO: Gerichtsstand bei Kartellschadensersatzklagen”, *EuZW*, 2015, pp. 584-592; F. KAINER/J. PERSCH, “Die CDC-Entscheidung des OLG Düsseldorf: Kollektiver Rechtsschutz und europarechtliches Effektivitätsprinzip”, *WuW*, 2016, pp. 2-7; G. MÄSCH, “Blondes Have More Fun (Or Have They?)”, *WuW*, 2016, pp. 285-291; K.L. MEHRBREY/S. JAEGER, “EuGH-Entscheidung klärt internationale Zuständigkeit von nationalen Zivilgerichten in Kartellschadensersatzfällen”, *European Law Reporter*, 2015, pp. 146-154; G.

que, conforme al art. 23 R. 44/2001, había que aplicar un acuerdo de elección de foro a una demanda en virtud del art. 101 TFUE en el supuesto de que dicho acuerdo incluyese expresamente los litigios por infracción del Derecho antitrust<sup>18</sup>. En la hipótesis de que la cláusula de determinación del juez competente no mencionase expresamente los litigios concurrenciales civiles derivados de los supuestos a los que se refiere el art. 101 TFUE, dicha cláusula no sería vinculante (= las pretensiones de indemnización por daños derivados de un cártel no están comprendidas en los acuerdos de elección de foro generales [*Kartellschadenersatzansprüche nicht von allgemeinen Gerichtsstandsvereinbarungen erfasst*])<sup>19</sup>.

11. En *Apple Sales International*, el Tribunal de Justicia interpretó que sólo es aplicable una cláusula de jurisdicción a una acción por daños basada en el art. 102 TFUE, cuando la conducta en cuestión está relacionada con la relación contractual bajo la cual se estableció la cláusula<sup>20</sup>. Si bien los acuerdos de cártel en virtud del artículo 101 del TFUE, en principio, no tienen relación directa con la relación contractual entre un participante del cartel y un tercero, el abuso de una posición dominante en virtud del artículo 102 del TFUE puede manifestarse en las relaciones contractuales<sup>21</sup>. Si ese es el

---

MUSGER, “Internationale Zuständigkeit für Kartellschadenersatz: EuGH 21.5.2015, C-352/13, CDC Hydrogen Peroxide SA vs Akzo Nobel NV ua, CDC Hydrogen Peroxide: Anmerkung”, *ÖBl*, 64, 5, 2015, pp. 235-237; M. NEGRI, “Una pronuncia a tutto campo sui criteri di allocazione della competenza giurisdizionale nel private antitrust enforcement transfrontaliero: il caso esemplare delle azioni risarcitorie c.d. follow-on rispetto a decisioni sanzionatorie di cartelli pan-europei”, *Int'l Lis*, 2015, pp. 78-84; C. NOURISSAT, “Action indemnitaire en droit de la concurrence: quand la Cour de justice instaure un nouveau forum actoris au bénéfice des victimes...”, *Procédures*, 2015, n° 7, pp. 19-20; A. PATO, “Sentencia del Tribunal de Justicia (Sala 4ª) de 21 de mayo de 2015, asunto C-352/13, Cartel Damage Claims (CDC) Hydrogen Peroxide SA c. Akzo Nobel NV y otros”, *REDI*, 2015, pp. 195-198; Id., “Collective Redress for Cartel Damage Claims in The European Union after CDC v Akzo Nobel NV and Others”, *Yearbook of Private International Law*, 2017, pp. 491-506; R. PIKE/Y. TOSHEVA, “CDC v Evonik Degussa (C-352/13) and its potential implications for private enforcement of European competition law”, *G.C.L.R.*, 8, 2, 2015, pp. 82-85; C. REYDELLET, “Leçon 2: De la matière délictuelle et de sa qualification...”, *Revue Lamy droit des affaires*, 2016, n° 111, pp. 33-36; C. REYDELLET, “Leçon 3: De la clause attributive de juridiction et de son sort...”, *Revue Lamy droit des affaires*, 2016, n° 111, pp. 37-39; ; A. STADLER, “Schadenersatzklagen im Kartellrecht – Forum shopping welcome! - Zugleich Besprechung von EuGH, Urteil v. 21.5.2015 – C-352/13”, *JZ*, 2015, pp. 1138-1149; J. SUDEROW, “Acciones derivadas de ilícitos antitrust: El foro especial de la obligación extracontractual después de la sentencia CDC Hydrogen Peroxide”, *CDT*, 8, 2, 2016, pp. 306-329; T. THIEDE/G. KLUMPE, “A Christmas Carol - strongly inspired by Charles Dickens and CDC Hydrogen Peroxide”, *NZKart*, 2017, p. 643; C. THOLE, “Erfassen Schiedsvereinbarungen auch Kartellschadenersatzansprüche?”, *ZWeR*, 2017, pp. 133-145; A. TORBJÖRN, “Zuständigkeit und Zuständigkeitskonzentration bei Verstößen gegen europäisches Kartellrecht”, *Ecollex*, 2015, pp. 968-969; M. WELLER, “EuGVVO - Zuständigkeitskonzentration bei Schadenersatzklage gegen mehrere Kartellanten und Reichweite einer abweichenden Gerichtsstandsvereinbarung”, *RIW*, 2015, 9, pp. 603-605; D. WIEGANDT, “EuGVVO: Auskunfts-/Schadenersatzklage gegen mehrere Kartellbeteiligte aus verschiedenen Mitgliedstaaten (Private Enforcement), Rücknahme gegen im Forumsstaat ansässigen Beklagten, Wirkung von Gerichtsstandsklauseln gegenüber Dritten?”, ‘CDC’: EuGH (4. Kammer), Urteil vom 21.5.2015, Rs. C-352/13: EWS-Kommentar”, *EWS*, 26, 3, 2015, pp. 157-159; T. WOODGATE/C. OWEN, “Jurisdiction revisited. Forum shopping in cross-border damages claims”, *Competition Law Insight*, 14, 7, 2015, pp. 16-17; W. WURMNEST, “International jurisdiction in competition damages cases under the Brussels I Regulation: CDC Hydrogen Peroxide”, *C.M.L.Rev.*, 2016, pp. 225-247.

<sup>18</sup> STJUE 24 octubre 2018, C-595/17, *Apple Sales International y otros*, ECLI:EU:C:2018:854, § 25: “Habida cuenta de estas consideraciones, el Tribunal de Justicia ha declarado que el artículo 23, apartado 1, del Reglamento n.º 44/2001, en el caso de que se reclame judicialmente una indemnización a causa de una infracción del artículo 101 TFUE y del artículo 53 del Acuerdo sobre el Espacio Económico Europeo, de 2 de mayo de 1992 (DO 1994, L 1, p. 3), permite tener en cuenta las cláusulas atributivas de competencia contenidas en los contratos de suministro, siempre que esas cláusulas se refieran a las controversias sobre la responsabilidad incurrida a consecuencia de una infracción del Derecho de la competencia (sentencia de 21 de mayo de 2015, CDC Hydrogen Peroxide, C-352/13, EU:C:2015:335, apartado 72)”.

<sup>19</sup> A. PETRASINCU/P. WESTERHOFF, “Die Anwendbarkeit und Reichweite von Schiedsvereinbarungen in Kartellschadenersatzprozessen: zugleich Besprechung der Entscheidung des LG Dortmund vom 13.09.2017, 8 O 30/16 (Kart)”, *WuW*, 67, 12, 2017, pp. 585-591 (p. 587).

<sup>20</sup> STJUE 24 octubre 2018, C-595/17, *Apple Sales International y otros*, ECLI:EU:C:2018:854, §§ 26 y 27: “A la luz de esta jurisprudencia, procede examinar si esta interpretación del artículo 23 del Reglamento n.º 44/2001 y la fundamentación que la sostiene sirven igualmente respecto de una cláusula atributiva de competencia invocada en relación con una controversia relativa a la responsabilidad delictual en la que una de las partes contratantes supuestamente ha incurrido al infringir el artículo 102 TFUE. 27 Tal es el caso cuando el comportamiento anticompetitivo alegado resulta ajeno a la relación contractual en cuyo marco se pactó la cláusula atributiva de competencia”.

<sup>21</sup> STJUE 24 octubre 2018, C-595/17, *Apple Sales International y otros*, ECLI:EU:C:2018:854, § 28: “Pues bien, mientras que el comportamiento anticompetitivo al que se refiere el artículo 101 TFUE, el de las prácticas colusorias, no está, en principio, directamente ligado a la relación contractual entre un participante en dicha práctica y un tercero, sobre el cual la práctica

caso, la consideración de una cláusula de jurisdicción no sería sorprendente<sup>22</sup>. No sería contrario a su aplicación, por tanto, el hecho de que la cláusula atributiva de competencia judicial internacional no se refiriese expresamente a las controversias que surjan de infracciones del Derecho de la competencia<sup>23</sup>.

## B) Calificación del acuerdo de elección de foro como abuso de posición dominante

12. Tal y como resaltan C. KRÜGER/M. SEEGER, la sentencia *Apple Sales* no se pronuncia respecto a un posible abuso de posición de dominio a través del acuerdo de elección del foro. En efecto, el acuerdo podría considerarse nulo al imponer condiciones abusivas al revendedor. El Tribunal Supremo alemán ha analizado este tipo de acuerdos en casos de sumisión a arbitraje, concluyendo que su validez dependerá del análisis del derecho de acceso a la justicia por parte de la parte contraria y de las condiciones del arbitraje en cada caso<sup>24</sup>.

13. En este sentido, el Tribunal Supremo Alemán analiza la obligación objeto de la reclamación para determinar si puede considerarse contractual o extracontractual a los efectos de fijar el foro. En el caso analizado por el BGH, un hotel alemán había iniciado una acción de declaración de nulidad y daños y perjuicios por un abuso de posición de dominio de Booking.com, la plataforma de reserva de habitaciones que imponía en sus condiciones generales de contratación la sumisión de cualquier disputa a los tribunales holandeses. El demandante también consideraba otras cláusulas abusivas que habían sido impuestas por Booking tras el inicio de la relación contractual. El BGH ha considerado que en este caso la imposición de nuevas condiciones no se puede considerar una conducta derivada del contrato en sí, sino que el motivo de la demanda es la declaración de nulidad de las nuevas condiciones al considerarse la imposición de las mismas un abuso de posición de dominio como tal. Por ello, la disputa gira en torno al abuso de posición de dominio y la imposición de condiciones excesivas y no al contrato como tal. Así el BGH ha concluido que se debe considerar una acción extracontractual por lo que el foro se puede determinar conforme al art. 7.2 R. 1215/2012, excluyendo el foro impuesto por la plataforma de reservas en sus condiciones generales de contratación. Si la obligación se deriva del contrato se podrá considerar contractual, pero si por el contrario se deriva de un posible abuso de una de las partes imponiendo determinadas condiciones, las cuestiones de derecho de la Competencia relativas a la conducta abusiva prevalecen sobre la posible interpretación del contrato.

Las cláusulas de atribución de competencia a un tribunal concreto deben valorarse de otra forma; ya que, en este caso, se intercambia un foro por otro y cualquier foro dentro del espacio judicial europeo es igual de válido. Sin perjuicio de esto, la imposición de un foro que limitase de forma excesiva las posibilidades de acceso a la justicia podría ser valorado de otra forma. Sirva como ejemplo la imposición de un foro completamente ajeno a la relación entre las partes o un foro en el que las costas del procedimiento pudiesen resultar desproporcionadas para la contraparte más débil.

---

*colusoria despliega sus efectos, el comportamiento anticompetitivo al que se refiere el artículo 102 TFUE, a saber, el abuso de posición dominante, puede materializarse en las relaciones contractuales que entabla una empresa en posición dominante y por medio de cláusulas contractuales”.*

<sup>22</sup> STJUE 24 octubre 2018, C-595/17, *Apple Sales International y otros*, ECLI:EU:C:2018:854, § 29: “Debe señalarse, por tanto, que, en el marco de una acción fundada en el artículo 102 TFUE, la toma en consideración de una cláusula atributiva de competencia que hace referencia a un contrato y a la relación correspondiente o a las relaciones derivadas del mismo entre las partes no puede considerarse sorprendente para una de las partes en el sentido de la jurisprudencia a la que se refiere el apartado 22 de la presente sentencia”.

<sup>23</sup> STJUE 24 octubre 2018, C-595/17, *Apple Sales International y otros*, ECLI:EU:C:2018:854, § 30: “A la luz de cuanto precede, procede responder a las cuestiones primera y segunda que el artículo 23 del Reglamento n.º 44/2001 debe interpretarse en el sentido de que no cabe excluir la aplicación, respecto a una acción por daños y perjuicios ejercitada por un distribuidor contra su proveedor sobre la base del artículo 102 TFUE, de una cláusula atributiva de competencia contenida en el contrato celebrado entre las partes por la sola razón de que esta cláusula no haga referencia expresa a los litigios relativos a la responsabilidad derivada de una infracción del Derecho de la competencia”.

<sup>24</sup> C. KRÜGER/M. SEEGER, “Gerichtsstands- und Schiedsklauseln bei Schadensersatz in Missbrauchs- und Kartellfällen im Lichte des Apple-Urteils des EuGH”, *WuW*, 4, 2019, pp. 170-173 (p. 172). Cfr. Sentencia Bundesgerichtshof 7 junio 2016, ECLI:DE:BGH:2016:070616UKZR6.15.0.

## 2. Hipotética extensión a los acuerdos de arbitraje

14. En *CDC Hydrogen Peroxide*, el Tribunal de Justicia dejó sin resolver explícitamente si la solución que había dado a los acuerdos de elección de foro frente a las acciones por daños antitrust era extrapolable, *mutatis mutandis*, a los acuerdos de arbitraje, cuando tienen por objeto resolver una diferencia entre las partes, cuyo origen se encuentra en un acuerdo colusorio (art. 101 TFUE). Es ésta una cuestión extraordinariamente polémica. Lo es hasta el punto de que, hoy por hoy, la jurisprudencia de los tribunales de Estados miembros de la UE favorable a la extrapolación de soluciones es, por ahora, mínima.

15. Los tribunales de diversos Estados miembros de la UE se han opuesto a que los acuerdos de arbitraje generales (*standard arbitration agreements*) abarquen las *follow-on cartel damage actions*<sup>25</sup>. En efecto, dicho con otras palabras, son favorables a la extensión de la solución prevista para los acuerdos de elección de foro que tengan por objeto pretensiones derivadas del art. 101 TFUE a los acuerdos de arbitraje, *ad ex.*:

- a) La sentencia del Gerechtshof de Amsterdam 21 julio 2015, *cártel del clorato de sodio (Natriumchloraatkartel)*, ECLI:NL:GHAMS:2015:3006, en que se ejercía una acción colectiva de indemnización (*Collectieve actie tot schadevergoeding*) y en la que se proclamó que: “No cabe apelar a las cláusulas acordadas de elección de foro y arbitraje. De acuerdo con su redacción, las cláusulas no se refieren a disputas relacionadas con la responsabilidad por infracción del Derecho de la competencia, sino que se refieren, en general (como cláusulas ‘abstractas’) a disputas que surjan en las relaciones contractuales. Por lo tanto, no se puede considerar que las empresas lesionadas hayan aceptado una elección de foro o arbitraje con el fin de resolver reclamaciones de indemnización por los daños que hayan sufrido como resultado de la participación del proveedor en el cartel ilegal”<sup>26</sup>.
- b) La sentencia del Rechtbank Rotterdam 25 mayo 2016, caso *DGL enerzijds contra Kone, Thyssenkrupp, Otis y Mitsubishi*, ECLI:NL:RBROT:2016:4164, según la cual: “La cláusula de arbitraje, en este caso, no debe invocarse en el contexto de una reclamación por una infracción de la prohibición del artículo 101 del TFUE por parte de los cárteles; porque no existe ninguna disputa en la relación legal contractual”<sup>27</sup>.

16. Por el contrario, la sentencia LG Dortmund 13 septiembre 2017, 8 O 30/16 [Kart] resolvió que los acuerdos de elección de foro generales (los denominados *standard arbitration agreements*) abarcan las *follow-on cartel damage actions*<sup>28</sup>. En efecto, el LG Dortmund se declaró incompetente para conocer de una reclamación de daños en el caso del *cártel alemán ferroviario* (acción *follow-on* en virtud del art. 101 TFUE); puesto que existía una cláusula compromisoria en el contrato entre el proveedor/infractor y el comprador que invocaba su condición de víctima. Para el LG, no era necesario que la cláusula compromisoria incluyese expresamente los daños derivados del incumplimiento del Derecho

<sup>25</sup> A. PETRASINCU/P. WESTERHOFF, “Die Anwendbarkeit und Reichweite von Schiedsvereinbarungen in Kartellschadensersatzprozessen: zugleich Besprechung der Entscheidung des LG Dortmund vom 13.09.2017, 8 O 30/16 (Kart)”, *Wirtschaft und Wettbewerb*, 67, 12, 2017, pp. 585-591 (p. 591).

<sup>26</sup> La traducción es nuestra. El texto original dice así: *Beroep op overeengekomen forumkeuze- en arbitragebedingen faalt. De bedingen hebben blijkens hun formulering geen betrekking op geschillen betreffende aansprakelijkheid wegens een inbreuk op het mededingingsrecht, maar verwijzen in het algemeen (‘abstract’) naar geschillen die in contractuele betrekkingen ontstaan. De benadeelde ondernemingen kunnen dus niet worden geacht te hebben ingestemd met een forum- of arbitragekeuze voor de beslechting van de vorderingen tot vergoeding van de schade die zij hebben geleden door de deelneming van de leverancier aan de onrechtmatige mededingingsregeling*.

<sup>27</sup> La traducción es nuestra. El texto original es éste: “*Arbitragebeding in dit geval niet in te roepen in het kader van een vordering wegens een inbreuk op het kartelverbod van artikel 101 WVEU omdat geen sprake is van een geschil dat in de contractuele rechtsbetrekking ontstaat*”.

<sup>28</sup> Disponible en <https://openjur.de/u/2156096.html> (consultado el 2 mayo 2019) y comentada por A. PETRASINCU/P. WESTERHOFF, “Die Anwendbarkeit und Reichweite von Schiedsvereinbarungen in Kartellschadensersatzprozessen: zugleich Besprechung der Entscheidung des LG Dortmund vom 13.09.2017, 8 O 30/16 (Kart)”, *WuW*, 67, 12, 2017, pp. 585-591 (p. 591).

de la competencia y sí que eran suficientes el respeto a la autonomía de la voluntad de las partes y la interpretación más favorable a la cláusula compromisoria (la denominada *schiedsfreundliche Auslegung*) habitualmente seguida por el BGH<sup>29</sup>.

17. En este escenario, existen diversas “interpretaciones” en torno a la aplicabilidad de los acuerdos arbitrales a las reclamaciones basadas en presuntas infracciones del art. 102 TFUE, bien ilustradas por acreditada doctrina<sup>30</sup>.

18. Sólo en caso de que efectivamente se aclarase que la solución apuntada por el TJUE en *CDC Hydrogen Peroxide* para los acuerdos atributivos de competencia judicial internacional es la que mejor refleja el Derecho vigente, cabría plantearse si el caso *Apple Sales International* constituye un ejemplo de desarrollo jurisprudencial del Derecho Internacional Privado. Hasta que esto no ocurra, la extensión de la doctrina del caso *CDC Hydrogen Peroxide* a los arbitrajes es, cuando menos, dudosa (*zweifelhaft*)<sup>31</sup>.

### 3. Aplicabilidad de la solución a las acciones *stand-alone* y *follow-on*

19. Según el TJUE el art. 23 R. 44/2001, debe interpretarse en el sentido de que la aplicación de un acuerdo de elección de foro, en el marco de una demanda de indemnización de daños de un comerciante contra su proveedor en virtud del art. 102 TFUE, no está subordinada a la constatación previa de una violación del Derecho de la competencia por una autoridad nacional o europea<sup>32</sup>. Ergo el art. 23 R. 44/2001 es aplicable a las acciones civiles por daños antitrust, tanto si se trata de acciones *follow-on* como de acciones *stand-alone*. La solución dada por el TJUE a esta cuestión era la que cabía esperar: “apenas sorprende”, como ha señalado D. WIEGANDT<sup>33</sup>. La *ratio decidendi* no es otra que el hecho de que el *Public Enforcement* y el *Private Enforcement* del Derecho antitrust transcurran de manera jurídicamente independiente el uno del otro (*Unabhängigkeit*)<sup>34</sup>.

<sup>29</sup> *Vid., per omnia*, C. STEINLE/S. WILSKE/M. ECKARDT, “Kartellschadensersatz und Schiedsklauseln – Luxemburg Locuta, Causa Finita?”, zugleich Besprechung des Urteils des EuGH vom 21. Mai 2015 – C-352/13”, *Zeitschrift für Schiedsverfahren*, 2015, pp. 165-169 (p. 168).

<sup>30</sup> *Vid., ad ex.*, J. BASEDOW, “Jurisdiction and Choice of Law in the Private Enforcement of EC Competition Law”, en J. BASEDOW (HRSG.), *Private Enforcement of EC Competition Law*, Alphen aan den Rijn, Kluwer Law International, 2007, pp. 229-253 (p. 233); C. HARLER/J. WEINZIERL, “The ECJ’s CDC-Judgment on Jurisdiction in Cartel Damages Cases: Repercussions for International Arbitration”, *EWS*, 2015, 3, pp. 121-123 (pp. 122-123); R. HARMS/J.A. SANNER/J. SCHMIDT, “EuGV-VO: Gerichtsstand bei Kartellschadensersatzklagen”, *EuZW*, 2015, pp. 584-592 (p. 592); R. NAZZINI, “Are claims for tortious damages for breach of the antitrust rules arbitrable in the European Union? Some reflections on the CDC case in the Court of Justice”, *Rivista Italiana di Antitrust*, n° 1, 2016, pp. 70-86 (pp. 79-80); A. PETRASINCU/P. WESTERHOFF, “Die Anwendbarkeit und Reichweite von Schiedsvereinbarungen in Kartellschadensersatzprozessen: zugleich Besprechung der Entscheidung des LG Dortmund vom 13.09.2017, 8 O 30/16 (Kart)”, *WuW*, 67, 12, 2017, pp. 585-591 (p. 585); C. THOLE, “Erfassen Schiedsvereinbarungen auch Kartellschadensersatzansprüche?”, *ZWeR*, 15, 2, 2017, pp. 133-145 (pp. 142-143); G. WAGNER, “Schiedsgerichtsbarkeit in Kartellsachen”, *ZVglRWiss.*, 114, 4, 2015, pp. 494-515 (p. 508); D. WIEGANDT, *Bindungswirkung kartellbehördlicher Entscheidungen im Zivilprozess*, Tübingen, Mohr Siebeck, 2018, p. 112.

<sup>31</sup> D. WIEGANDT, “Zur Anwendung einer Gerichtsstandsklausel auf Schadensersatzklage eines Händlers gegen Lieferanten wegen Marktmachtmissbrauchs (‘Apple Sales International u. a.’)”, *EWiR*, 2, 2019, pp. 61-62 (p. 62, n° 3.2).

<sup>32</sup> STJUE 24 octubre 2018, C-595/17, *Apple Sales International y otros*, ECLI:EU:C:2018:854, §§ 32-36.

<sup>33</sup> D. WIEGANDT, “Zur Anwendung einer Gerichtsstandsklausel auf Schadensersatzklage eines Händlers gegen Lieferanten wegen Marktmachtmissbrauchs (‘Apple Sales International u. a.’)”, *EWiR*, 2, 2019, pp. 61-62 (p. 62, n° 3.3).

<sup>34</sup> D. WIEGANDT, “Zur Anwendung einer Gerichtsstandsklausel auf Schadensersatzklage eines Händlers gegen Lieferanten wegen Marktmachtmissbrauchs (‘Apple Sales International u. a.’)”, *EWiR*, 2, 2019, pp. 61-62 (p. 62, n° 3.3). Sobre la relación de independencia entre ambos procedimientos, *vid., ad ex.*, C. ALEXANDER, *Schadensersatz und Abschöpfung im Lauterkeits- und Kartellrecht: privatrechtliche Sanktionsinstrumente zum Schutz individueller und überindividueller Interessen im Wettbewerb*, Tübingen, Mohr Siebeck, 2010, p. 424; A.P. KOMNINOS, “Public and Private Antitrust Enforcement in Europe: Complement? Overlap?”, *Comp.L.Rev.*, 3, 2006, pp. 5-26 (pp. 16-17); K. SCHMIDT, *Kartellverfahrensrecht, Kartellverwaltungsrecht, bürgerliches Recht: Kartellrechtspflege nach deutschem Recht gegen Wettbewerbsbeschränkungen*, Köln, Berlin, Bonn, München, Heymann, 1977, pp. 115-116; D. WIEGANDT, *Bindungswirkung kartellbehördlicher Entscheidungen im Zivilprozess*, Tübingen, Mohr Siebeck, 2018, pp. 82-85 y 88.



## 4. De la previsibilidad

### A) Doctrina del TJUE

20. El Abogado General NILS WAHL recoge, en su opinión, un requisito para determinar si el foro resulta previsible o no que no han sido reconocidos expresamente por TJUE en su sentencia pero que nos sirve de guía interpretativa: Los acuerdos de atribución de competencia generales no tienen por qué estar limitados sólo a disputas contractuales. En efecto, las obligaciones no contractuales pueden entrar dentro del acuerdo de jurisdicción, si la disputa tiene su origen en la relación contractual. No se trata de la previsibilidad del foro acordado, sino de la *previsibilidad de una potencial acción de daños y perjuicios derivada de un incumplimiento de la normativa de defensa de la competencia*.

La *previsibilidad* implica que el acuerdo de sumisión se refiera litigios relacionados con una determinada relación jurídica<sup>35</sup>. Recordemos, además, que la sumisión con carácter general sobre toda disputa que pueda surgir entre las partes con independencia de la naturaleza de la relación jurídica y su posible nulidad no es posible<sup>36</sup>. En efecto, cabe preguntarse, en el caso de demandas de compradores directos sobre la base de un contrato que contenga una cláusula de sumisión, si ésta puede abarcar supuestos tales como una reclamación por los perjuicios causados por precios excesivos derivados de un abuso de posición de dominio, ya que el precio será en principio el acordado por las partes<sup>37</sup>.

21. En el caso del abuso de posición de dominio aquí planteado resulta sencillo establecer la “conexión a una relación jurídica concreta” en el sentido exigido por el art. 25 R. 1215/2012 (ex. Art. 23 R. 44/2001). Ahora bien, no podemos olvidar que, en algunos supuestos, la demanda tiene su origen en el abuso de posición de dominio y no en la relación contractual en sí. Para analizar cada caso, el tribunal deberá determinar, en primer lugar, qué ley gobierna el pacto de sumisión y, en un segundo paso, si éste incluye la demanda planteada dentro del mismo. El cumplimiento del Derecho antitrust no es una obligación contractual en sí, sino más bien una obligación legal con independencia de la relación jurídica que una a las partes<sup>38</sup>. Además, habrá que valorar las expectativas de las partes en el momento de celebración del contrato y, por tanto, del pacto de sumisión. Finalmente, habrá que valorar el contrato en su conjunto. Si el contrato contiene, como veremos, cláusulas de *compliance* por las que las partes se comprometen expresamente a implantar sistemas de prevención de infracciones o imponen la terminación del contrato en caso de sanción por incumplimiento del Derecho de la competencia o, incluso, determinan la fórmula de liquidación del daño causado, una posible disputa resulta previsible, cabrá considerar que la cláusula de sumisión a un determinado foro no tendrá carácter sorpresivo.

### B) Aplicación a nivel nacional

22. En este sentido, merecen una especial atención los litigios surgidos en el Reino Unido contra el cártel de las vitaminas y en concreto el caso *Provimi*. Parte de los perjudicados plantearon sus acciones resarcitorias ante los tribunales del Reino Unido y Alemania. Las demandadas con domicilio en Europa y en parte en el Reino Unido alegaron que los jueces no podían declararse competentes debido a la existencia de cláusulas de sumisión para cualquier disputa relacionada con los contratos de compra-venta de vitaminas<sup>39</sup>.

<sup>35</sup> STJCE, 10 marzo 1992, *Duffryn*, C 214/89, *Rec* 1992 p. 1745, apdo. 14.

<sup>36</sup> STJCE, 10 marzo 1992, *Duffryn*, C 214/89, *Rec*. 1992, p. 1745, apdo. 14.

<sup>37</sup> D. P. TZAKAS, *Die Haftung für Kartellrechtsverstöße im internationalen Rechtsverkehr*, Baden Baden, Nomos 2011, p. 133. UK, H.C. *Bord Na Mona vs. BPI*, 2012 EWHC 3346.

<sup>38</sup> J. BASEDOW, “Jurisdiction and Choice of Law” en J. BASEDOW, *Private Enforcement of EC Competition*, La Haya, Kluwer 2008, p. 229-254; D. P. TZAKAS, *Die Haftung für Kartellrechtsverstöße im internationalen Rechtsverkehr*, Baden Baden, Nomos 2011, p. 133.

<sup>39</sup> F. W. BULST, “Private Kartellrecht durchsetzung durch die Marktgegenseite-deutsche Gerichte auf Kollisionskurs zum EuGH, 31/2004” en *NJW* 2004, p 2201. F. W. BULST, “The Provimi Decision of the High Court: Beginnings of Private Antitrust Litigation in Europe” en *EBOR* 4 2003, pp. 623-650.

Debido a la pluralidad de pactos y partes, el juez inglés aplicó las leyes de Suiza, Alemania y Francia para concluir que algunos de los pactos de sumisión, a pesar de su amplia y genérica redacción, no abarcaban acciones de daños y perjuicios por ilícitos antitrust; puesto que éstas se debían a un cártel ilegal más que a la relación contractual que había unido a demandantes y demandados. Los demandantes, en el momento de celebrar el contrato, no conocían ni la existencia de un cártel de fijación de precios ilegal ni que iban a pagar un precio excesivo como consecuencia del propio cártel por los productos objeto del contrato<sup>40</sup>.

Así, durante cierto tiempo, la relación contractual entre *Trouw* Alemania y *Roche* Alemania estuvo sujeta a la siguiente cláusula de elección de foro incluida en las condiciones generales de contratación de *Roche*: “*The place of jurisdiction of all disputes arising out the legal relationship between us and the buyer is the Local Court of Lörrach and the District Court of Freiburg*”.

La *High Court* consideró que esta cláusula no podía incluir el tipo de litigio planteado por lo que negó la aplicación del acuerdo de sumisión a la acción iniciada en el Reino Unido. Curiosamente, tuvo que emplear los siguientes argumentos para apuntalar su decisión: Los tribunales mencionados en la cláusula no son competentes para asuntos relativos al Derecho de la competencia. La cláusula se refiere a los *Amtsgerichte* o juzgados de primera instancia más cercanos al domicilio social de *Roche* Alemania. Los procedimientos civiles en Alemania por demandas inferiores a 5.000 Euros son competencia de los juzgados locales o *Amtsgerichte* mientras que los *Landgerichte* o Juzgados provinciales tratan demandas que superen estos importes. Los asuntos antitrust son competencia de los tribunales provinciales designados a tal efecto y ninguno de los tribunales mencionados en la cláusula había sido designado para conocer asuntos antitrust<sup>41</sup>.

Adicionalmente, la *High Court* concluyó que los tribunales alemanes no acostumbraban a extender el ámbito de cláusulas de elección de foro a acciones delictuales o derivadas de un fraude, basándose en dos sentencias, una del *Oberlandesgericht* Hamburgo y otra del *Oberlandesgericht* de Stuttgart, en las que los tribunales concluían que no era intención de las partes incluir demandas basadas en fraude o engaño contractual cuando se referían a “todas las disputas sobre la base de este contrato”<sup>42</sup>. Según la *High Court* los tribunales alemanes exigen una indicación clara y sin ambigüedades para incluir demandas delictuales dentro del ámbito de aplicación de una cláusula de elección de foro<sup>43</sup>.

Por último, la *High Court* aplicó la doctrina *Powell Duffryn*, que establece que la cuestión relevante que debe ser contestada por el tribunal nacional es si la disputa sobre la relación legal es la misma que unía a las partes cuando se tomó el acuerdo de jurisdicción<sup>44</sup>.

**23.** En el asunto *Ryanair*, la *Court of Appeal* rechazó la existencia de una relación estrecha entre el precio cartelizado y la cláusula de sumisión, a pesar de que el contrato incluía una cláusula de adaptación de precios<sup>45</sup>. El tribunal considera que resultaría sorprendente para un “*reasonable businessman*” incluir una demanda basada en incumplimiento de la normativa antitrust en un contrato de compraventa de combustible; aunque este contrato contenga una cláusula de adaptación de precios y dos procedimientos separados puedan convertirse en una pesadilla probatoria o “*forensic nightmare*”<sup>46</sup>.

### C) Cláusulas de cumplimiento y daños liquidativos

**23.** Sin perjuicio de anterior, y gracias al fomento de la aplicación privada, la aplicación privada se ha convertido en un elemento habitual en contratos de compraventa de determinada envergadura

<sup>40</sup> C. RYNGAERT, *Foreign to Foreign Claims in Antitrust Matters: The U.S. Supreme Court's Decision (2004) v. The English High Court's Decisions (2003) in the Vitamins Case*, K.U. Leuven, 2006 consultado por última vez el 21.3.2014 en <http://www.law.kuleuven.be/iir/nl/onderzoek/wp/WP58e.pdf>.

<sup>41</sup> UK H.C. 6 mayo 2003 *Provimi* 2003 EWHC 961, aptdo. 38.

<sup>42</sup> OLG Hamburg, 12 febrero 1981, en RIW (1982), p. 669 y OLG Stuttgart, 14 Diciembre 1973, BB (1974), p. 1270.

<sup>43</sup> UK H.C., 6 mayo 2003, *Provimi* 2003 EWHC 961 aptdo. 38.

<sup>44</sup> STJCE, 10 marzo 1992, *Duffryn*, C 214/89, *Rec.* 1992, p. 1745. E. GOTTSCHALK, S. BRESSLER, “Missbrauchskontrolle von Gerichtsstandsvereinbarungen im europäischen Zivilprozessrecht“ en *ZeUP* 2007, pp. 56-80.

<sup>45</sup> UK. C.A., 19 noviembre 2013, *Ryanair Esso Italiana Srl*, WC2A2LL.

<sup>46</sup> UK. C.A., 19 noviembre 2013, *Ryanair Esso Italiana Srl*, WC2A2LL.

y en procedimientos de contratación pública las jurisdicciones más concienciadas. Especial mención merecen los contratos que contienen cláusulas de carácter material relacionadas con el Derecho de la competencia por las que las partes se comprometen a cumplir con el Derecho de la competencia o cláusulas de *compliance*, así como cláusulas para determinar y liquidar el potencial daño<sup>47</sup>. Una vez más, nos encontramos con una situación en la que las partes regulan su reacción ante posibles incumplimientos del Derecho de la competencia y la liquidación de los efectos de la conducta anticompetitiva. En este tipo de casos, las partes sí consideran que el incumplimiento puede tener lugar y que la parte perjudicada reclamará el supuesto daño, pudiendo establecer el método de cálculo en el propio acuerdo<sup>48</sup>. Así, estos acuerdos se han considerado perfectamente válidos ante los tribunales alemanes. En este tipo de casos, aunque la conducta ilícita no estaba prevista, sí podía resultar previsible, lo que lleva a las partes a regular un mecanismo de liquidación del posible daño. A efectos de determinación de la competencia judicial internacional en este tipo de reclamaciones, podríamos concluir que el foro que determinen las partes también se referirá a este tipo de acciones. En efecto, ambas partes asumen que existe el riesgo potencial de que el proveedor pueda verse involucrado en una conducta anticompetitiva. Además, ambas partes, incluso, acuerdan cómo calcular el daño y continuar su relación tras la liquidación del mismo. De esta forma, un acuerdo de sumisión que se refiera a cualquier cuestión relacionada con el contrato puede incluir una reclamación de daños, incluso en aquellos casos en los que se trate de un cártel.

#### IV. Conclusión

**24.** La sentencia Apple Sales aporta seguridad jurídica. No obstante, una aplicación cuasi automática, catalogando las acciones derivadas de un abuso de posición de dominio como obligaciones contractuales a los efectos del Derecho Internacional Privado europeo, puede llevar a resultados no previstos por las partes. El abuso de posición de dominio puede ir acompañado de cláusulas abusivas y de acuerdos de sumisión de foro recogidos en condiciones generales de contratación normalmente de la parte con posición de dominio. Por ello, una aplicación automática, en la que no se analice si el acuerdo de elección del foro supone un abuso en sí, puede implicar consecuencias negativas para la parte más débil y perjudicada.

La consideración como contractual, a los efectos de fijar la competencia judicial internacional, puede plantear problemas con la determinación del Derecho aplicable y bloquear el acceso a las posibilidades que brinda el artículo 6.3 b Reglamento Roma II, aplicable a obligaciones extracontractuales.

**25.** Adicionalmente, cuando las partes contemplen en los contratos posibles conductas ilícitas y regulen sus consecuencias, podríamos asumir que ambas partes han negociado con el suficiente conocimiento y han tenido oportunidad de reaccionar frente a una cláusula que implique una limitación de los foros disponibles, incluso la derivación de la disputa al arbitraje internacional. Así, y siguiendo la línea del TJUE a la hora de valorar los acuerdos de competencia judicial internacional, cada caso merece una valoración detallada de todas las circunstancias, de la cláusula como tal, de la previsibilidad del foro y del contexto del acuerdo desde la perspectiva del Derecho de la competencia.

<sup>47</sup> Véase al respecto ROGER HALSON, *Liquidated damages and penalty clauses*, Oxford, Oxford University Press, 2018.

<sup>48</sup> K. SCHMIDT, “§ 33 GWB und Private Enforcement auf vertraglicher Grundlage”, *WuW*, 2015, pp. 812-821; J. SUDEROW, “Aplicación privada del Derecho de competencia. Comentario a la primera sentencia relativa a una acción follow on contra el cártel de los camiones Sentencia del Tribunal Regional, Landgericht Hannover, de 18 diciembre de 2017, 18 O 8/17, LKW Kartell”, *Revista de Derecho de la Competencia y de la Distribución*, n.º 22, enero-junio 2018, 1 de ene. de 2018, pp.1-10.

EL ARTÍCULO 15 DEL REGLAMENTO 2201/2003  
Y LA REMISIÓN A UN ÓRGANO JURISDICCIONAL MEJOR  
SITUADO PARA CONOCER DEL ASUNTO. NOTA A LA  
SENTENCIA DEL TJUE DE 4 DE OCTUBRE DE 2018,  
IQ Y JO, AS. 478/17

ARTICLE 15 OF REGULATION 2201/2003 AND THE TRANSFER  
TO A COURT BETTER PLACED TO HEAR THE CASE.  
COMMENT TO THE ECJ JUDGMENT 4 OCTOBER 2018,  
IQ V JO, C-478/17

BEATRIZ CAMPUZANO DÍAZ

*Profesora Titular de Derecho Internacional Privado  
Universidad de Sevilla*

ORCID ID: 0000-0001-9737-5316

Recibido: 17.06.2019 / Aceptado: 18.07.2019

DOI: <https://doi.org/10.20318/cdt.2019.4971>

**Resumen:** Esta Sentencia tiene por objeto la interpretación del artículo 15 del Reglamento (CE) 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 parental, por el que se deroga el Reglamento (CE) n.º 1347/2000. La cuestión que se planteó era cómo había que proceder en una situación caracterizada por el hecho de que los tribunales de los dos Estados miembros afectados tenían competencia judicial internacional conforme a las disposiciones de este Reglamento para conocer del fondo del asunto.

**Palabras clave:** remisión a un órgano jurisdiccional mejor situado, tribunal competente para conocer del fondo del asunto.

**Abstract:** This judgment refers to the interpretation of Article 15 of Council Regulation (EC) N° 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. The question was how to proceed in a situation characterised by the fact that the courts of both Member States concerned, had jurisdiction under this Regulation.

**Keywords:** transfer to a court better placed to hear the case, court having jurisdiction as to the substance of a case.

**Sumario:** I. Presentación de la Sentencia del TJUE de 4 de octubre de 2018, IQ y JP, as. 478/17. 1. Los hechos. 2. Las cuestiones que se formulan. II. Análisis de la Sentencia del TJUE de 4 de octubre de 2018, IQ y JP, as. 478/17. 1. La competencia de los órganos jurisdiccionales de Rumanía y del Reino Unido en base a los arts. 12 y 8 del Reglamento 2201/2003. 2. El mecanismo de remisión del art. 15 del Reglamento 2201/2003 y la función que desarrolla. 3. La problemática particular que se plantea con el art. 15 del Reglamento 2201/2003 cuando los tribunales de ambos Estados miembros son competentes.

## I. Presentación de la Sentencia del TJUE de 4 de octubre de 2018, IQ y JP, as. 478/17<sup>1</sup>

1. La Sentencia objeto de comentario se dicta a raíz de una cuestión prejudicial planteada, con arreglo al art. 267 TFUE, por el Tribunalul Cluj (Tribunal de Distrito de Cluj, Rumanía), mediante resolución de 17 de julio de 2017, en un procedimiento entre IQ y JP relativo, en particular, al ejercicio de la autoridad parental sobre los tres hijos de la pareja, a raíz de su divorcio.

2. La cuestión prejudicial tiene por objeto la interpretación del art. 15 del Reglamento (CE) 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 parental, por el que se deroga el Reglamento (CE) N.º 1347/2000.

### 1. Los hechos

3. Del matrimonio entre JP e IQ nacieron tres hijos, que residen en el Reino Unido con IQ, su madre, desde el año 2012.

4. El 26 de noviembre de 2014, IQ presentó ante la Judecătoria Cluj-Napoca (Tribunal de Primera Instancia de Cluj-Napoca, Rumanía) una demanda de divorcio en contra de su marido, JP, residente en Florești (Rumanía). Solicitó asimismo a la Judecătoria Cluj-Napoca (Tribunal de Primera Instancia de Cluj-Napoca) que le atribuyera el ejercicio exclusivo de la patria potestad sobre los tres hijos menores habidos en el matrimonio, que le confiara el alojamiento de los mismos y que condenara a JP al pago de una pensión alimenticia para el mantenimiento y educación de los menores. JP formuló reconvencción a la demanda de divorcio, en la que solicitó una declaración de divorcio por mutuo acuerdo o, con carácter subsidiario, por causas imputables a ambos cónyuges, el ejercicio conjunto de la patria potestad sobre los tres hijos habidos en el matrimonio y el establecimiento de un régimen de visitas.

5. En la vista celebrada el 28 de septiembre de 2015, la Judecătoria Cluj-Napoca (Tribunal de Primera Instancia de Cluj-Napoca) examinó su competencia internacional y se declaró competente para conocer del asunto. Como las partes habían convenido el divorcio de mutuo acuerdo, dicho órgano jurisdiccional constató la concurrencia de los requisitos para pronunciarse sobre esta pretensión. En consecuencia, declaró el divorcio de mutuo acuerdo y abrió pieza separada para las pretensiones incidentales a las relativas al divorcio propiamente dicho, respecto de las cuales continuó con su examen, fijando la fecha de una vista para la práctica de la prueba.

6. Mediante sentencia civil, la Judecătoria Cluj-Napoca (Tribunal de Primera Instancia de Cluj-Napoca) estimó parcialmente tanto la demanda de IQ como la reconvencción JP, ordenó el ejercicio conjunto de la patria potestad sobre los tres hijos habidos en el matrimonio, fijó la residencia de los menores en el domicilio de IQ y determinó el importe de la pensión alimenticia debida por JP a los menores y un régimen de visitas entre el padre y sus hijos.

7. El 7 de septiembre de 2016, IQ y JP interpusieron sendos recursos de apelación contra dicha resolución ante el órgano jurisdiccional remitente de la cuestión prejudicial, el Tribunalul Cluj (Tribunal de Distrito de Cluj, Rumanía). IQ solicitó que se le atribuyera el ejercicio exclusivo de la patria potestad y que se estableciera un régimen de visitas más restrictivo entre el padre y los menores. Por su parte, JP solicitó la ampliación de dicho régimen.

8. El 26 de diciembre de 2016, IQ solicitó ante la High Court of Justice (England & Wales), Family Division (family court), Birmingham [Tribunal Superior de Justicia de Inglaterra y Gales, División de Familia (Tribunal de Familia), Birmingham, Reino Unido], que se emitiera una orden restrictiva

<sup>1</sup> ECLI:EU:C:2018:812

(restraining order) contra JP. El 3 de enero de 2017, solicitó también a dicho órgano jurisdiccional que se pronunciara sobre la custodia de los menores y sobre el régimen de visitas de JP.

9. El 2 de febrero de 2017, la High Court of Justice (England & Wales), Family Division (family court), Birmingham, instó al órgano jurisdiccional remitente a que se inhibiera en el asunto, ya que la residencia de los menores se había fijado, con el consentimiento de los padres, en el Reino Unido. Y con posterioridad, mediante auto de 6 de julio de 2017, le solicitó, en virtud del artículo 15 del Reglamento N.º 2201/2003, que le remitiera el asunto por ser un órgano jurisdiccional mejor situado para conocer del mismo en el sentido de esta disposición, ya que los tres menores de que se trata habían mantenido su residencia habitual en el Reino Unido al menos desde 2013 y durante todo el procedimiento ante los tribunales rumanos.

10. En esta coyuntura, el Tribunalul Cluj (Tribunal de Distrito de Cluj, Rumanía) señaló que el tribunal al que se ha solicitado la remisión del asunto conoce del mismo en fase de apelación, existiendo ya una resolución dictada en primera instancia. Se pregunta por ello qué hacer con esta resolución, dado que, según el art. 448, apdo. 1, punto 1, del Codul de procedură civilă română (Ley de Enjuiciamiento Civil rumana), es en principio ejecutiva, en el sentido de que JP puede exigir su ejecución mientras no haya sido anulada. Si se remitiera el asunto a la High Court of Justice (England & Wales), Family Division (family court), Birmingham, sobre la base del artículo 15 del Reglamento n.º 2201/2003, el órgano jurisdiccional remitente no podría pronunciarse sobre el recurso de apelación interpuesto por IQ y por JP, por lo que la resolución dictada en primera instancia continuaría existiendo conforme a la Ley de Enjuiciamiento Civil rumana.

## 2. Las cuestiones que se formulan

11. El Tribunal Cluj (Tribunal de Distrito de Cluj) decidió plantear al Tribunal de Justicia las siguientes cuestiones prejudiciales: “1) *La expresión “los órganos jurisdiccionales de un Estado miembro competentes para conocer del fondo del asunto”, utilizada en el artículo 15 [del Reglamento N.º 2201/2003], ¿se refiere tanto a los órganos jurisdiccionales que conocen del asunto en primera instancia como a los que conocen de los recursos? Es preciso determinar si, en virtud del artículo 15 del Reglamento N.º 2201/2003, el asunto puede ser remitido a un órgano jurisdiccional mejor situado para conocer del mismo en el caso de que el órgano jurisdiccional competente al que se solicita la remisión a un órgano jurisdiccional mejor situado sea un tribunal de apelación, mientras que el órgano jurisdiccional mejor situado es un tribunal de primera instancia* 2) *En caso de respuesta afirmativa a la primera cuestión prejudicial ¿qué suerte debería reservar a la resolución dictada en primera instancia el órgano competente que procede a la remisión del asunto a un órgano jurisdiccional mejor situado?*”

## II. Análisis de la Sentencia del TJUE de 4 de octubre de 2018, IQ y JP, as. 478/17

### 1. La competencia de los órganos jurisdiccionales de Rumanía y del Reino Unido en base a los arts. 12 y 8 del Reglamento 2201/2003

12. La Sentencia objeto de análisis se refiere a un litigio sobre responsabilidad parental vinculado a un procedimiento de divorcio. El ejercicio de la patria potestad, la custodia y el derecho de visita son cuestiones que conforman el núcleo de lo que debe entenderse por responsabilidad parental en el marco del Reglamento 2201/2003. No así el pago de la pensión alimenticia, que también se menciona en el texto de la Sentencia, para lo cual debe acudir al Reglamento 4/2009, a efectos de fijar la competencia judicial internacional.

13. El presente asunto es una muestra de que a pesar de la fragmentación de soluciones con que se nos presenta el Derecho internacional privado de la Unión Europea, puede llegarse a una buena

articulación de sus disposiciones, de modo que se responda adecuadamente a los intereses de los particulares. Tal como se desprende del relato de los hechos, el divorcio se tramitó de mutuo acuerdo ante los tribunales rumanos, que eran competentes en base al art. 3 del Reglamento 2201/2003, que atiende en caso de demanda conjunta a la residencia habitual de cualquiera de los cónyuges, entre otros foros. El marido tenía la residencia habitual en Rumanía. El art. 12.1 del Reglamento 2201/2003 permite que los órganos jurisdiccionales del Estado miembro en que se plantea la demanda de divorcio ejerzan también la competencia en las cuestiones de responsabilidad parental vinculadas a dicha demanda: cuando al menos uno de los cónyuges ejerza la responsabilidad parental sobre el menor, y cuando la competencia de dichos órganos jurisdiccionales haya sido aceptada expresamente o de cualquier otra forma inequívoca por los cónyuges o por los titulares de la responsabilidad parental en el momento de someter el asunto ante el órgano jurisdiccional y responda al interés superior del menor. Se añade que el Reglamento 4/2009 permite en su art. 3.d) que los órganos jurisdiccionales competentes para conocer de la responsabilidad parental conozcan también de la cuestión de alimentos accesoria a esta acción.

**14.** La competencia para conocer de la responsabilidad parental puede basarse en el art. 12.1 del Reglamento 2201/2003, siempre que se cumplan los requisitos que hemos visto en el párrafo anterior<sup>2</sup>. En su defecto, los tribunales rumanos no podrían haberse pronunciado sobre esta cuestión a pesar de ser competentes para conocer del divorcio<sup>3</sup>. La aceptación expresa o de cualquier otra forma inequívoca de la competencia por los titulares de la responsabilidad parental es lo que ha venido planteando hasta ahora mayores dudas, pues el TJUE ha tenido que pronunciarse varias veces sobre esta cuestión, aunque a propósito del art. 12.3, que también permite la prórroga de competencia en cuestiones de responsabilidad parental no vinculadas con el divorcio, separación o nulidad matrimonial. En la Sentencia de 19 de abril de 2018, As. 565/16, Saponaro<sup>4</sup>, se señaló que la presentación de forma conjunta por parte de los progenitores de una solicitud ante el órgano jurisdiccional de su elección constituye una aceptación inequívoca de dicha competencia. La Sentencia objeto de análisis no se detiene sin embargo en esta cuestión, señal de que no debió suscitar problema alguno. En la narración de los hechos se dice, en un primer momento, que IQ presentó una demanda de divorcio en contra de su marido, pero se indica después que habían convenido el divorcio de mutuo acuerdo, que entendemos que es la circunstancia típica en que puede operar el art. 12.1 del Reglamento 2201/2003.

**15.** La competencia prevista en el art. 12.1 del Reglamento 2201/2003 cesa en las circunstancias previstas en el aptdo. 2º de este mismo precepto, que por la narración de los hechos parece que no se daban. Se había producido una resolución sobre el divorcio, seguida después de una resolución sobre responsabilidad parental, que aún no era firme, tal como se requiere en el art. 12.2.b) para considerar que ha cesado la prórroga de competencia.

**16.** IQ podría haber optado desde el principio por presentar la demanda en el Reino Unido, pues sus tribunales también eran competentes para conocer de todas estas cuestiones. La amplia lista de foros alternativos del art. 3 del Reglamento 2001/2003 permitía presentar la demanda de divorcio en el Reino Unido, atendiendo al foro de la residencia habitual del demandante, de más de un año de duración o, en caso de demanda conjunta, al foro de la residencia habitual de unos de los cónyuges, en este caso la suya. Los tribunales de este país también eran competentes para conocer de las cuestiones de responsabilidad parental en base al foro general del art. 8 del Reglamento 2201/2003, que atiende al lugar de residencia habitual de los menores, lo cual llevaba aparejado consigo que también pudieran conocer de la prestación de alimentos en base al art. 3.d) del Reglamento 4/2009. La residencia habitual de los menores en

<sup>2</sup> Para un análisis de este precepto vid. E. PATAUT y E. GALLANT, "Article 12", U. MAGNUS y P. MANKOWSKI (ed.), *ECPIL, European Commentaries on Private International Law, Commentary Brussels IIbis Regulation*, Otto Schmidt, Köln, 2017, págs. 150 y ss.

<sup>3</sup> Así lo ha recordado el TJUE en su Auto 16 enero 2018, As. 604/17, PM y AH, ECLI:EU:C:2018:10.

<sup>4</sup> ECLI:EU:C:2018:265. Con anterioridad a esta Sentencia ha habido otras relativas a la problemática que plantea el acuerdo de los titulares de la responsabilidad parental, vid. Sentencia de 12 de noviembre de 2014, As. 656/13, L, ECLI:EU:C:2014:2364; Sentencia 21 octubre 2015, As. 215/15, Gogova, ECLI:EU:C:2015:710.

el Reino Unido no se discute, pues en la narración de los hechos se refleja que llevan viviendo varios años en este país. Sin embargo, no es hasta una fase avanzada del procedimiento en Rumanía cuando IQ decide acudir a los tribunales ingleses, lo que origina el problema que se plantea en esta Sentencia.

## 2. El mecanismo de remisión del art. 15 del Reglamento 2201/2003 y la función que desarrolla

17. Conforme al art. 15.1 del Reglamento 2201/2003, excepcionalmente, los órganos jurisdiccionales de un Estado miembro competentes para conocer del fondo 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, suspender el conocimiento del asunto o de parte del mismo e invitar a las partes a presentar una demanda ante el órgano jurisdiccional de ese otro Estado miembro con arreglo al apartado 4, o solicitar directamente al órgano jurisdiccional del ese otro Estado miembro que ejerza su competencia con arreglo al apartado 5<sup>5</sup>. Se detalla a continuación en el art. 15.2 cómo se aplicará este precepto, que será a instancia de parte, de oficio, o a petición del órgano jurisdiccional del otro Estado miembro con el que el menor tenga una vinculación especial. En estas dos últimas circunstancias se precisa que será necesario el consentimiento de al menos una de las partes<sup>6</sup>.

18. En el art. 15.3 se precisan las circunstancias en las que puede considerarse que el menor tiene una vinculación especial con otro Estado miembro, que es uno de los factores de los que hemos visto que depende la aplicación de este precepto, y que son las siguientes: a) dicho Estado miembro se ha convertido en el de residencia habitual del menor después de la presentación de la demanda ante el órgano jurisdiccional a que se refiere el apartado 1, o b) el menor ha residido de manera habitual en dicho Estado miembro, o c) el menor es nacional de dicho Estado miembro, o d) dicho Estado miembro es el de residencia habitual de un titular de la responsabilidad parental, o e) el asunto se refiere a las medidas de protección del menor ligadas a la administración, conservación o disposición de los bienes de éste que se encuentran en el territorio de dicho Estado miembro.

19. En el art. 15.4 se establece que el órgano jurisdiccional competente para conocer del fondo del asunto fijará el plazo en que deberá presentarse la demanda ante los órganos jurisdiccionales del otro Estado miembro, precisándose que si no se presenta la demanda en el plazo fijado seguirá ejerciendo su competencia con arreglo a los arts. 8 a 14. En el art. 15.5 se fija el plazo de que dispondrán los órganos jurisdiccionales de este otro Estado miembro para declararse competentes, que será de seis semanas. Para ello habrán de valorar también si responde al interés superior del menor<sup>7</sup>, teniendo como consecuencia que los órganos jurisdiccionales ante los que se presentó inicialmente la demanda si inhiban, si estos otros asumen el conocimiento del asunto, o sigan conociendo del mismo en caso contrario.

20. Como la correcta aplicación del art. 15 del Reglamento 2201/2003 depende de que se establezcan adecuados canales de cooperación entre los órganos jurisdiccionales de los Estados miembros, en el aptdo. 6º se precisa que podrán establecerse directamente o a través de las autoridades centrales designadas de conformidad con el artículo 53.

21. Una vez visto el mecanismo de remisión del art. 15 del Reglamento 2201/2003, nos referiremos brevemente a la función que desarrolla. Este precepto representa una cierta plasmación de la

<sup>5</sup> En el *Considerando 13* del Reglamento se insiste en el carácter excepcional del art. 15, añadiendo que el órgano jurisdiccional al que se remitió el asunto no deberá remitirlo a su vez a un tercero.

<sup>6</sup> El mecanismo de funcionamiento del art. 15 del Reglamento 2201/2003 se explica de forma sintética y con mucha claridad en la *Guía práctica para la aplicación del nuevo Reglamento Bruselas II*, documento elaborado por los servicios de la Comisión en consulta con la Red Judicial Europea en materia civil y mercantil, [http://ec.europa.eu/civiljustice/parental\\_resp/parental\\_resp\\_ec\\_vdm\\_es.pdf](http://ec.europa.eu/civiljustice/parental_resp/parental_resp_ec_vdm_es.pdf).

<sup>7</sup> Como señalan A.L. CALVO CARAVACA y J. CARRASCOSA GONZÁLEZ, esta nueva valoración del interés superior del menor lleva a que sea un procedimiento de codecisión, *Derecho internacional privado*, Vol II, 18ª ed, Comares, Granada, 2018, pág. 444.



figura del *forum non conveniens*, tomando como modelo los arts. 8 y 9 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<sup>8</sup>. Esta figura, propia de los países de *Common Law*, se refiere a la posibilidad que tienen sus órganos jurisdiccionales de no conocer de un litigio, a pesar de tener competencia judicial internacional, cuando consideran que es más apropiado que se resuelva ante los órganos jurisdiccionales de otro país. Se trata, en esencia, de un mecanismo flexibilizador o corrector de las normas de competencia judicial internacional, pues permite al juez una cierta discrecionalidad para decidir si debe conocer o no del litigio<sup>9</sup>.

22. La Unión Europea ha sido sin embargo tradicionalmente reacia a admitir esta figura. En la Sentencia del TJCE de 1 de marzo de 2005, C-281/02, Owusu<sup>10</sup>, se puso de manifiesto que el *forum non conveniens* podía afectar al principio de seguridad jurídica (p. 38), destacando la certeza y previsibilidad que ofrecen unas normas de competencia judicial internacional claramente predeterminadas, a pesar de reconocerse implícitamente en este caso los inconvenientes que suscitaba que el litigio se desarrollase en Inglaterra, cuyos tribunales resultaban competentes con arreglo al Convenio de Bruselas de 1968 (p. 44 y 45)<sup>11</sup>.

23. En tal contexto hay que situar el art. 15 del Reglamento 2201/2003, que permite una cierta discrecionalidad al juez que resulte competente, pero dentro, como se ha visto, de un mecanismo de funcionamiento muy regulado, basado en un marco de cooperación, para que no se vea afectada la seguridad jurídica<sup>12</sup>. En palabras de S. ÁLVAREZ GONZÁLEZ, el art. 15 del Reglamento 2201/2003 recuera a la idea de *forum conveniens* / *forum non conveniens*, de la que sin embargo se separa en virtud de su naturaleza cooperativa bilateral y del establecimiento apriorístico de las alternativas al tribunal normalmente competente<sup>13</sup>.

24. El TJUE ya ha tenido ocasión de pronunciarse en su Sentencia de 27 de octubre de 2016, C-428/15, D<sup>14</sup>, sobre diversas cuestiones que plantea el art. 15 del Reglamento 2201/2003, tanto de naturaleza procedimental relativas a la aplicación del mecanismo de remisión, como referidas a las condiciones a las que se supedita su aplicación<sup>15</sup>. En relación con los aspectos de naturaleza procedimental se señaló que el art. 15 es aplicable cuando la declaración de competencia de un órgano jurisdiccional de otro Estado miembro requiere que ulteriormente una autoridad de ese otro Estado miembro inicie un

<sup>8</sup> El Reglamento 2201/2003 integra en un solo artículo lo que el Convenio de La Haya del 96 regula en dos, distinguiendo el *forum non conveniens* del *forum conveniens*, arts. 8 y 9 respectivamente. En el primer caso es el órgano jurisdiccional competente el que considera que hay otro órgano jurisdiccional mejor situado para conocer del asunto y en el segundo caso la iniciativa parte de este otro órgano jurisdiccional que se considera mejor situado, Vid. Informe de P. LAGARDE relativo al 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, págs. 29 y ss (<https://assets.hcch.net/upload/exp134s.pdf>).

<sup>9</sup> Vid. R.A. BRAND & S.R. JABLONSKI, *Forum Non Conveniens. History, Global Practice and Future under The Hague Convention on Choice of Court Agreements*, Oxford University Press, New York, 2007.

<sup>10</sup> ECLI:EU:C:2005:120.

<sup>11</sup> Sobre esta cuestión reflexionamos más ampliamente, y con referencia a los numerosos trabajos doctrinales existentes al respecto, en B. CAMPUZANO DÍAZ, *Los acuerdos de elección de foro. Un análisis comparado de su regulación en el Convenio de La Haya del 2005 y en el Reglamento 1215/2012*, Comares, Granada, 2018, págs. 24 y ss.

<sup>12</sup> Sobre las diferencias entre el art. 15 del Reglamento 2201/2003 y la figura del *forum non conveniens*, tal como se entiende y aplica en los países de *Common Law*, vid. M. HERRANZ BALLESTEROS, *El forum non conveniens y su adaptación al ámbito europeo*, Tirant lo Blanch, Valencia, 2011, págs. 196 y ss.

<sup>13</sup> S. ÁLVAREZ GONZÁLEZ, "Responsabilidad parental, transferencia de la competencia a los órganos jurisdiccionales de otro Estado miembro e interés superior del menor. STJUE 27 de octubre de 2016, C-428/15:D", *La Ley Unión Europea*, N° 43, 30 de Diciembre de 2016, pág. 2.

<sup>14</sup> ECLI:EU:C:2016:819.

<sup>15</sup> Para un análisis de esta Sentencia vid. S. ÁLVAREZ GONZÁLEZ, "Responsabilidad parental, transferencia de la competencia a los órganos jurisdiccionales de otro Estado miembro e interés superior del menor. STJUE 27 de octubre de 2016, C-428/15: D", op. cit., págs. 1 y ss.; B. SÁNCHEZ LÓPEZ, "Responsabilidad parental y la 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 Derecho Transnacional*, 2018, Vol. 10, N° 1, págs. 639 y ss.

procedimiento distinto del incoado en el primer Estado miembro, con arreglo a su Derecho interno y en consideración a circunstancias fácticas eventualmente diferentes (p. 38). En relación con las condiciones a las que se supedita la aplicación del art. 15, y como muestra del carácter excepcional con que se concibe este precepto, el TJUE apuntó que para considerar que hay un organismo jurisdiccional de otro Estado miembro mejor situado para conocer del asunto debe darse alguna de las circunstancias previstas con carácter exhaustivo en el art. 15.3, letras a) a e) (p. 51), pero sin que ello prejuzgue por sí solo que estemos ante un órgano jurisdiccional mejor situado (p. 55). El órgano jurisdiccional competente deberá valorar si la remisión del asunto a ese otro órgano jurisdiccional puede aportar un valor añadido real y concreto para la adopción de una decisión sobre el menor (p. 57). Sobre la exigencia de que la remisión debe responder al interés superior del menor, el TJUE indicó que el órgano jurisdiccional competente tiene que valorar, a la vista de las circunstancias concretas del caso, si la remisión que va a efectuar al órgano jurisdiccional de otro Estado miembro puede incidir negativamente en la situación del menor afectado (p. 58), refiriéndose concretamente a sus relaciones afectivas, familiares y sociales o a su situación económica (p. 59).

### **3. La problemática particular que se plantea con el art. 15 del Reglamento 2201/2003 cuando los tribunales de ambos Estados miembros son competentes**

**25.** La cuestión prejudicial que plantea el Tribunalul Cluj (Tribunal de Distrito de Cluj) de Rumanía tiene que ver con cuestiones de tipo procedimental. Se trataba, concretamente, de que el TJUE determinara si los órganos jurisdiccionales de un Estado miembro competentes para conocer del fondo del asunto en el sentido del art. 15 del Reglamento 2201/2003, se refiere tanto a los que conocen del asunto en primera instancia, como a los que conocen de los recursos. En caso de que la respuesta fuera afirmativa, se planteaba una cuestión adicional que iba más allá del art. 15, sobre qué debía hacerse con la resolución dictada en primera instancia, que tenía carácter ejecutivo. El TJUE no respondió sin embargo a estas cuestiones, porque el debate se acabó reconduciendo a si el art. 15 del Reglamento 2201/2003 era aplicable en este caso, en que los tribunales de los dos Estados miembros eran competentes para conocer sobre el fondo del asunto. Como veremos seguidamente, la respuesta en sentido negativo del Tribunal hizo que resultara innecesario responder a las cuestiones formuladas por el Tribunalul Cluj (Tribunal de Distrito de Cluj).

**26.** En relación con la posible operatividad del art. 15 del Reglamento 2201/2003 cuando los tribunales de ambos Estados miembros son competentes para conocer del fondo del asunto, llama la atención la diferencia de posturas que se observa en las Conclusiones presentadas por el Abogado General, Sr. M. WATHELET, el 10 de julio de 2018<sup>16</sup>, y la posterior Sentencia del TJUE. El Abogado General, que recoge las opiniones concordantes del Gobierno rumano y de la Comisión, era partidario de una interpretación flexible del art. 15, que permitiera su operatividad en este caso (p. 60). Sin embargo, el TJUE, aferrado al tenor literal del art. 15 en el sentido que después señalaremos, e invocando también el recurso tan habitual del principio de seguridad jurídica (p. 43), descarta que este precepto pueda aplicarse en la situación a la que se refiere esta Sentencia, en la que los órganos jurisdiccionales de los dos Estados miembros eran competentes para conocer del asunto virtud de los arts. 8 y 12 del Reglamento 2201/2003 (p. 40).

**27.** Como hemos visto, el art. 15.1 del Reglamento 2201/2003 dispone que, excepcionalmente, los órganos jurisdiccionales de un Estado miembro competentes para conocer del fondo del asunto, 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, podrán hacerle a estos otros órganos jurisdiccionales una remisión del mismo. En la letra del art. 15 no se precisa expresamente si este otro órgano jurisdiccional mejor situado podría ser también competente para conocer del fondo del asunto con arreglo a alguna otra disposición del Reglamento o si sólo se contempla en este precepto a un órgano jurisdiccional que no fuera competente.

<sup>16</sup> ECLI:EU:C:2018:552.

28. A nivel doctrinal se han hecho explicaciones pormenorizadas del funcionamiento del art. 15 del Reglamento 2201/2003, sin entrar a resolver expresamente la cuestión de si el órgano jurisdiccional en cuyo favor se hace la remisión puede ser competente en función de otra disposición del Reglamento, quizás porque sólo se contempla, implícitamente, que pueda hacerse en favor de un órgano que carezca de dicha competencia<sup>17</sup>. No obstante, a raíz de la Sentencia del TJUE esta cuestión sí ha centrado la atención de la doctrina, habiendo autores que consideran que no habría que excluir necesariamente la operatividad del art. 15 en estos casos<sup>18</sup>, al igual que ya hemos visto que hacía el Abogado General en sus Conclusiones.

29. Si pensamos en las circunstancias en que podría remitirse el conocimiento de un asunto por parte de un órgano jurisdiccional competente de un Estado miembro a otro órgano jurisdiccional competente de otro Estado miembro, vemos que en realidad son limitadas. El Reglamento 2201/2003 regula la competencia judicial internacional en materia de responsabilidad parental en sus arts. 8 a 14, añadiendo ello el mecanismo excepcional del art. 15. De los supuestos de posible concurrencia de competencia habría que descartar los arts. 13 y 14 por lo siguiente: el primero se refiere a la competencia judicial internacional de los órganos jurisdiccionales en el que esté presente el menor, cuando no pueda determinarse su residencia habitual –que haría operativo al art. 8–, ni tampoco pueda determinarse la competencia sobre la base del art. 12, relativo acuerdo de los titulares de la responsabilidad parental; y el segundo se refiere a la competencia de los órganos jurisdiccionales de un Estado miembro con arreglo a las normas internas, cuando de los preceptos anteriores no se deduzca la competencia de ningún órgano jurisdiccional de un Estado miembro. Asimismo, entendemos que tampoco sería relevante a estos efectos el art. 9, que es una regla muy específica para la modificación de una resolución ya existente sobre derecho de visita, con una vigencia temporal muy limitada; ni el art. 10 que contempla la situación excepcional de secuestro internacional de menores, acompañado de la regulación de aspectos vinculados al procedimiento de restitución en el art. 11, si se hace una correcta interpretación de que el sentido de esta disposición es no favorecer al autor del secuestro<sup>19</sup>. En definitiva, que puestos a considerar una remisión entre órganos jurisdiccionales competentes para conocer del fondo del asunto, habría que referirse básicamente a la posible concurrencia de los arts. 8 y 12, como de hecho sucede en la Sentencia objeto de comentario<sup>20</sup>.

<sup>17</sup> Para un análisis muy completo de la operatividad y funcionamiento del art. 15 vid. A.L. CALVO CARAVACA y J. CARRASCO-SA GONZÁLEZ, *Derecho internacional privado*, Vol II, 18ª ed, Comares, Granada, 2018, págs. 444 y ss.

Sí se detienen algo más en esta cuestión E. PATAUT y E. GALLANT, aunque de forma poco clara. En un pasaje del análisis que hacen del art. 15 se refieren a que la transferencia puede ser en favor de un órgano jurisdiccional de cualquier Estado miembro, sin que sea necesario que sea competente en virtud de otra disposición. De estas palabras parece deducirse, en sentido contrario, que podría ser competente. Pero en un pasaje posterior, más concretamente cuando analizan el aptdo. 5 del art. 15, sí dicen muy claramente que este precepto sirve para crear una base de competencia judicial internacional, dado que la remisión no se produce entre órganos jurisdiccionales igualmente competentes, sino entre un órgano jurisdiccional competente y otro que no lo es, “Article 15”, U. MAGNUS y P. MANKOWSKI (ed.), *ECPIL, European Commentaries on Private International Law, Commentary Brussels IIbis Regulation*, Otto Schmidt, Köln, 2017, págs. 176 y pág. 183.

<sup>18</sup> S. ÁLVAREZ GONZÁLEZ, “De nuevo sobre la interpretación y alcance del artículo 15 del Reglamento Bruselas IIbis (una alternativa efímera a la STJ de 4 de octubre de 2018)”, *La Ley Unión Europea*, N° 66, 31 de enero de 2019, págs. 5 y ss.

<sup>19</sup> S. ÁLVAREZ GONZÁLEZ pone de manifiesto no obstante que ha habido casos de nuestra jurisprudencia en los que se planteó la aplicación del mecanismo de remisión en supuestos en que la competencia correspondía a nuestros tribunales en virtud del art. 10, “De nuevo sobre la interpretación y alcance del artículo 15 del Reglamento Bruselas IIbis (una alternativa efímera a la STJ de 4 de octubre de 2018)”, op. cit., pág. 5.

<sup>20</sup> S. ÁLVAREZ GONZÁLEZ se ha referido también al supuesto de un menor que cambia de Estado miembro de residencia habitual en el curso de un procedimiento, de modo que el tribunal de la anterior residencia habitual del menor podría plantearse la transmisión del asunto a los tribunales del lugar de nueva residencia habitual, “De nuevo sobre la interpretación y alcance del artículo 15 del Reglamento Bruselas IIbis (una alternativa efímera a la STJ de 4 de octubre de 2018)”, op. cit., pág. 7. Pero la operatividad en este supuesto nos resulta dudosa, considerando que una vez determinada la competencia judicial internacional con arreglo al art. 8 rige la *perpetuatio fori*, como evidencia que en la Propuesta de reforma actualmente en curso del Reglamento 2201/2003 se quiso eliminar para alinear este precepto con el art. 5.2 del Convenio de La Haya de 19 de octubre de 1996 (al respecto vid. B. CAMPUZANO DÍAZ, “La propuesta de reforma del Reglamento 2201/2003: ¿se introducen mejoras en la regulación de la competencia judicial internacional?”, M. GUZMÁN ZAPATER y C. ESPLUGUES MOTA, dirs., M. HERRANZ BALLESTEROS y M. VARGAS GÓMEZ URRUTIA, Coords., *Persona y familia en el nuevo modelo español de Derecho internacional privado*, Tirant lo Blanch, Valencia, 2017, pág. 99). En definitiva, que sería competente para conocer del fondo del asunto con arreglo al art. 8 del Reglamento 2201/2003 el órgano jurisdiccional ante el que se inició el procedimiento.

**30.** Como hemos visto, en el art. 15.2 del Reglamento 2201/2003 se prevé que este mecanismo de remisión se aplique a instancia de parte, de oficio, o a petición del órgano jurisdiccional de otro Estado miembro con el que el menor tenga una vinculación especial. Según resulta de la narración de los hechos en la Sentencia objeto de comentario, en este caso la petición proviene del órgano jurisdiccional de otro Estado miembro, de la High Court of Justice (England & Wales), Family Division (family court), Birmingham, que mediante Auto de 6 de julio de 2017 solicitó que se le remitiera el asunto por ser un órgano jurisdiccional mejor situado para conocer del mismo. Se da la peculiaridad de que en el Reino Unido estaba la residencia habitual de los niños, y que estos órganos jurisdiccionales habrían sido competentes en virtud de la regla general de competencia judicial internacional (art. 8), sin necesidad de invocar por tanto el mecanismo de remisión del art. 15, de no haber sido por la iniciativa de la madre de dirigirse a los tribunales de Rumanía, con lo que el padre estuvo de acuerdo, lo que propició que los tribunales de este país fueran competentes en virtud del art. 12.

**31.** De lo expuesto pensamos que resulta claro que el art. 15 del Reglamento 2201/2003 no estaba previsto para dar respuesta a situaciones de este tipo. El caso inverso, esto es, que siendo competentes los órganos jurisdiccionales del Estado de residencia habitual del menor en virtud del art. 8 se considerara mejor situado el órgano jurisdiccional acordado por los titulares de la responsabilidad parental conforme al art. 12 tampoco tendría mucho sentido, pues estos, de haberlo considerado conveniente, habrían iniciado el asunto directamente ante estos otros órganos jurisdiccionales.

**32.** El sentido natural del art. 15 del Reglamento 2201/2003 entendemos que es posibilitar que conozcan unos órganos jurisdiccionales distintos de los del lugar de residencia habitual del menor, en una situación en la que no se produce el acuerdo de los titulares de la responsabilidad parental, necesario conforme al art. 12. Como sabemos, el art. 12 del Reglamento 2201/2003 permite, en virtud del acuerdo, que conozcan los mismos órganos jurisdiccionales que resultan competentes para conocer del divorcio, separación judicial o nulidad matrimonial (apdo. 1º), lo cual permite hacer un mejor uso de las posibilidades que ofrecen los foros alternativos del art. 3, o que conozcan los órganos jurisdiccionales de un Estado miembro distinto a los del lugar de residencia habitual en supuestos no vinculados a una causa matrimonial, por razón de una estrecha conexión con ese Estado (apdo. 3º). Pero no siempre se producirá ese acuerdo.

**33.** En lógica concordancia con el sentido que tiene el art. 15 se hace en su apdo. 3º, letras a) a e), una enumeración de las situaciones en que podría considerarse que el menor presenta una vinculación más estrecha con otro Estado miembro, sobre los que la Sentencia objeto de comentario nos vuelve a recordar su carácter exhaustivo (p. 35), en la que no se hace referencia a la residencia habitual del menor en el momento de la presentación de la demanda, dado que tal circunstancia ya activa el foro general del art. 8 del Reglamento 2201/2003. Del mismo modo, tampoco tendría sentido referirse en esta enumeración del art. 15.3 al acuerdo de los cónyuges o titulares de la responsabilidad parental, pues ello ya activaría el foro específico del art. 12. Se trata de una enumeración de factores que expresan una especial vinculación con otro Estado miembro y que sin embargo no son suficientes para que sus tribunales se declaren competentes.

**34.** El hecho no obstante de que el TJUE se haya aferrado a estos factores de vinculación especial recogidos en art. 15.3, para con arreglo a la interpretación tan literal que antes criticábamos descartar que pudiera tenerse en cuenta la residencia habitual del menor, que es el criterio que se adopta con carácter general para regular la competencia judicial internacional, por entenderse que es el que mejor responde al principio de proximidad, nos resulta, de acuerdo con S. ALVAREZ GONZÁLEZ<sup>21</sup>, criticable. El TJUE debería haber focalizado más su argumentación en el espíritu de la norma y en una interpretación sistemática de las disposiciones del Reglamento, para llegar a la conclusión de que el art. 15 no debía aplicarse en este supuesto<sup>22</sup>.

<sup>21</sup> S. ALVAREZ GONZÁLEZ, "De nuevo sobre la interpretación y alcance del artículo 15 del Reglamento Bruselas IIbis (una alternativa efímera a la STJ de 4 de octubre de 2018)", op. cit., pág. 6.

<sup>22</sup> Sobre la reforma en curso del Reglamento 2201/2003 en la que se incorpora expresamente esta interpretación que hace

**35.** Por otra parte, se señala en la Sentencia objeto de comentario que de admitirse la operatividad del art. 15 en este supuesto se vería afectada la regla de litispendencia. En las circunstancias en que operaría normalmente el art. 15 del Reglamento 2201/2003 este problema no se plantearía, porque si el órgano jurisdiccional que solicita conocer del asunto o al que se ha instado a conocer del mismo no tiene la conformidad del órgano realmente competente, carecería de competencia<sup>23</sup>. En este caso la situación era diferente, deduciéndose además de la narración de los hechos una actitud un tanto oportunista de la madre. El TJUE defiende el funcionamiento de la regla de litispendencia si bien a la postre, y si se toma como referencia la Sentencia de 15 de febrero de 2017, As. 499/15, W y V, podrían pedirse ante los tribunales ingleses una demanda de modificación de medidas, con lo que la madre podría conseguir la finalidad pretendida<sup>24</sup>.

---

el TJUE del art. 16 del Reglamento vid. S. ALVAREZ GONZÁLEZ, “De nuevo sobre la interpretación y alcance del artículo 15 del Reglamento Bruselas I/bis (una alternativa efímera a la STJ de 4 de octubre de 2018)”, op. cit., págs. 10 y ss.

<sup>23</sup> E. PATAUT y E. GALLANT, “Article 15”, U. MAGNUS y P. MANKOWSKI (ed.), *ECPII, European Commentaries on Private International Law, Commentary Brussels I/bis Regulation*, op. cit., pág. 179.

<sup>24</sup> ECLI:EU:C:2017:118.

UNA NUEVA SENTENCIA DEL TJUE SOBRE EL CONCEPTO  
DE RESIDENCIA HABITUAL EN EL MARCO  
DEL REGLAMENTO 2201/2003: SENTENCIA  
DE 17 DE OCTUBRE DE 2018, UD Y XB, AS. 393/18 PPU

A NEW ECJ JUDGMENT ABOUT THE CONCEPT  
OF HABITUAL RESIDENCE IN THE FRAMEWORK OF  
REGULATION 2201/2003: JUDGMENT 17 OCTOBER 2018,  
UD V. XB, C. 393/18

BEATRIZ CAMPUZANO DÍAZ

*Profesora Titular de Derecho Internacional Privado  
Universidad de Sevilla*

ORCID ID: 0000-0001-9737-5316

Recibido: 17.06.2019 / Aceptado: 18.07.2019

DOI: <https://doi.org/10.20318/cdt.2019.4972>

**Resumen:** Esta sentencia se refiere a la interpretación del art. 8 del Reglamento 2201/2003. La cuestión prejudicial la formuló un tribunal inglés en un procedimiento entre UD y XB, madre y padre de una menor nacida en Bangladés. Se cuestionó si la presencia física de la menor en el Reino Unido constituía un elemento necesario del concepto de residencia habitual, dado que nunca había estado en este país. La cuestión se formuló en un contexto muy particular, pues la menor nació en Bangladés debido a que la madre, supuestamente, estaba siendo retenida bajo coacción en este país por el padre.

**Palabras clave:** residencia habitual, menor lactante, madre retenida bajo coacción en un tercer Estado.

**Abstract:** This judgment refers to the interpretation of Article 8 of Regulation 2201/2003. The request for the preliminary ruling was made by an English court in a proceeding between UD and XB, mother and father of an infant, born in Bangladesh. The English court questioned whether physical presence was an intrinsic element of the concept of habitual residence, as the girl had never been in The United Kingdom. This question was made in a very particular context, as the child was born in Bangladesh because the mother, supposedly, was being kept through coercion in that country by the father.

**Keywords:** habitual residence, infant, mother kept through coercion in a third State.

**Sumario:** I. Presentación de la Sentencia del TJUE de 17 de octubre de 2018, UD y XB, as. 393/18 PPU. 1. Los hechos. 2. Las cuestiones que se formulan. II. Análisis de la Sentencia del TJUE de 17 de octubre de 2018, UD y XB, as. 393/18 PPU. 1. La aplicación del Reglamento 2201/2003 en las situaciones conectadas con terceros Estados. 2. La jurisprudencia del TJUE sobre el concepto de residencia habitual en el marco del Reglamento 2201/2003. 3. La presencia física del menor en un Estado miembro como elemento configurador del foro general de la residencia habitual.

## **I. Presentación de la Sentencia del TJUE de 17 de octubre de 2018, UD y XB, as. 393/18 PPU<sup>1</sup>.**

1. La Sentencia objeto de comentario se dicta a raíz de una cuestión prejudicial planteada por la High Court of Justice (England and Wales), Family Division [Tribunal Superior de Justicia (Inglaterra y Gales), División de familia, Reino Unido], mediante resolución de 6 de junio de 2018, en el marco de un litigio entre UD y XB, madre y padre de una menor nacida en Bangladés, el 2 de febrero de 2017.

2. La petición de decisión prejudicial tiene por objeto la interpretación del artículo 8 del Reglamento (CE) N° 2201/2003 del Consejo, de 27 de noviembre de 2003, relativo a la competencia, el reconocimiento y la ejecución de resoluciones judiciales en materia matrimonial y de responsabilidad parental, por el que se deroga el Reglamento (CE) N° 1347/2000. Esta cuestión prejudicial se ha tramitado a través del procedimiento de urgencia, conforme a lo dispuesto en el art. 107 del Reglamento de Procedimiento del Tribunal de Justicia.

### **1. Los hechos**

3. La demandante en el litigio principal, madre de la menor, es nacional de Bangladés, y contrajo matrimonio en 2013, en ese mismo país, con el demandado en el litigio principal, de nacionalidad británica, padre de la menor. La madre y el padre son identificados en el texto de la Sentencia con las iniciales UD y XB, respectivamente.

4. En 2016 la madre se estableció en el Reino Unido con el fin de residir en dicho Estado miembro con el padre, gracias a un visado para cónyuge extranjero expedido por el United Kingdom Home Office. En la narración de los hechos se deja abierta la fecha en que ello se produjo, junio o julio de 2016, aunque sí se precisa que la validez del visado se extendía desde el 1 de julio de 2016 hasta el 1 de abril de 2019.

5. En diciembre de 2016 el padre y la madre viajaron a Bangladés, encontrándose la madre en ese momento en avanzado estado de gestación. El 2 de febrero de 2017 la menor nació en Bangladés y desde entonces permanece en ese país sin haber residido nunca en el Reino Unido. En enero de 2018 el padre volvió al Reino Unido sin la madre.

6. El 20 de marzo de 2018 la madre presentó una demanda ante el órgano jurisdiccional remitente –High Court of Justice (England and Wales), Family Division–, solicitando que la menor fuera colocada bajo la tutela de este órgano jurisdiccional y que se ordenara el retorno de ambas al Reino Unido con el fin de participar en el procedimiento. Según la madre este órgano jurisdiccional era competente para resolver el litigio, dado que en la fecha de presentación de la demanda la menor residía habitualmente en el Reino Unido. El padre se opuso.

7. En estas circunstancias, la High Court of Justice (England and Wales), Family Division, señaló que el concepto de “residencia habitual” sigue suscitando cuestiones que aún no han sido examinadas por el Tribunal de Justicia, en particular, si la presencia física del menor en un Estado miembro constituye un elemento configurador necesario de este concepto. Para reforzar el sentido de la pregunta se añadió que fueron las supuestas presiones ejercidas por el padre sobre la madre las que llevaron a que esta diera a luz en un país tercero, donde los progenitores no tenían la intención común de residir, lo cual podía haber constituido una vulneración de los derechos de la madre y de la menor.

### **2. Las cuestiones que se formulan.**

8. La High Court of Justice (England and Wales), Family Division planteó las siguientes cuestiones prejudiciales: “1) ¿Constituye la presencia física de un menor en un Estado un elemento esencial

<sup>1</sup> ECLI:EU:C:2018:835

de la residencia habitual, en el sentido del artículo 8 del Reglamento N.º 2201/2003? 2) Cuando ambos progenitores son titulares de la responsabilidad parental, ¿influye el hecho de que la madre fuera inducida mediante engaño a trasladarse a otro Estado, en el que fue retenida ilícitamente por el padre mediante presiones u otro acto ilegal, viéndose así obligada a dar a luz a un hijo en ese Estado, en la respuesta que ha de darse a la primera cuestión prejudicial en circunstancias en las que pudo existir una vulneración de los [derechos] de la madre o del hijo conforme a los artículos 3 y 5 del [Convenio Europeo para la Protección de los Derechos Humanos y de las Libertades Fundamentales, firmado en Roma el 4 de noviembre de 1950], o por otros motivos?”.

## II. Análisis de la Sentencia del TJUE de 17 de octubre de 2018, UD y XB, as. 393/18 PPU

### 1. La aplicación del Reglamento 2201/2003 en las situaciones conectadas con terceros Estados

9. Una primera cuestión que se plantea en la Sentencia objeto de comentario es la pretensión del Gobierno del Reino Unido de impugnar la competencia del TJUE para responder a las cuestiones planteadas, con el argumento de que el asunto versa sobre un potencial conflicto de competencia entre un Estado miembro, Reino Unido, y un Estado tercero, Bangladés. Según este Gobierno, como el Reglamento 2201/2003 se adoptó sobre la base de los arts. 61.c) y 67.1 TCE, se aplica únicamente a las situaciones transfronterizas que se dan en el interior de la Unión, debiéndose acudir al derecho nacional cuando se trata de situaciones transfronterizas conectadas con un Estado tercero (pp. 29 y 30).

10. La verdad es que esta pretensión nos trae recuerdos del pasado. El Reglamento 2201/2003 se adoptó efectivamente sobre la base de los mencionados preceptos del TCE, que se referían a la actuación de las instituciones europeas en el ámbito de la cooperación judicial en materia civil con repercusión transfronteriza, en la medida necesaria para el correcto funcionamiento del mercado interior. En relación con estos preceptos se planteó un debate a nivel doctrinal, que fue especialmente intenso en Francia y el Reino Unido, sobre si la UE podía estar actuando más allá de sus competencias cuando aprobaba normas que se aplicaban a situaciones con repercusión transfronteriza, pero que no estaban vinculadas con el correcto funcionamiento del mercado interior, por afectar a terceros Estados<sup>2</sup>. Ese debate se zanjó con el Tratado de Lisboa. En el art. 81 TFUE se establece que la UE desarrollará una cooperación judicial en asuntos civiles con repercusión transfronteriza, *en particular cuando resulte necesario para el buen funcionamiento del mercado interior*, aclarándose así que el mercado interior se entiende como una prioridad que no impide contemplar situaciones que vayan más allá del mismo<sup>3</sup>.

11. Pero, antes incluso de este cambio normativo, contábamos con antecedentes jurisprudenciales que deberían haber hecho dudar al Gobierno británico de la pretensión de impugnar la competencia del TJUE. Nos referimos, concretamente, a la famosa Sentencia del TJCE de 1 de marzo de 2005, C-281/02, Owusu<sup>4</sup>, donde, también por parte del Gobierno del Reino Unido, se cuestionó que pudiera aplicarse el Convenio de Bruselas de 1968 para determinar la competencia judicial internacional de los tribunales ingleses, en un supuesto estrechamente vinculado con un tercer Estado. El TJCE se pronunció de forma favorable a su aplicación, por tratarse de un supuesto en que el demandado estaba domiciliado en un Estado miembro y en el que se cumplían los requisitos para la aplicación del Convenio de Bruselas.

<sup>2</sup> Al respecto vid. I. BARRIERE BROUSSE, “Le Traité de Lisbonne et le Droit international privé”, *Journal du Droit International*, 2010, N° 1, págs. 8-9; J. HARRIS, “Understanding the English Response to the Europeanisation of Private International Law”, *Journal of Private International Law*, 2008, Vol. 4, N° 3, págs. 357-359.

<sup>3</sup> Para un análisis de los cambios introducidos por el Tratado de Lisboa, vid. I. BARRIERE BROUSSE, “Le Traité de Lisbonne et le droit international privé”, op. cit., págs. 3 y ss.; F. PAULINO PEREIRA, “La coopération judiciaire en matière civile dans l’Union Européenne: bilan et perspectives”, *Revue Critique de Droit International Privé*, 2010, Vol. 99, N° 1, págs. 1 y ss.

<sup>4</sup> ECLI:EU:C:2005:120, nota de C. OTERO GARCÍA-CASTRILLÓN, en *Revista española de derecho internacional*, 2005, pp. 940 y ss.



**12.** En la Sentencia objeto de comentario se sigue un razonamiento similar. El TJUE señala que de los términos del art. 8 del Reglamento 2201/2003, que es la norma general de competencia judicial internacional en materia de responsabilidad parental, no se deduce que su aplicación esté supeditada al requisito de que exista una relación jurídica que implique a varios Estados miembros (p. 32). Como se reconoce en el texto de la propia Sentencia, en algunas disposiciones del Reglamento 2201/2003, como son los arts. 9, 10 y 15, sí se contemple que su aplicación esté supeditada a la existencia de un potencial conflicto de competencia entre órganos jurisdiccionales pertenecientes a Estados miembros (p. 33), pero no es así en relación con el art. 8, cuya interpretación es la que se suscita en esta Sentencia.

**13.** Los Reglamentos de carácter más reciente –Reglamento 4/2009, 650/2012, 2016/1103 y 2016/1104– se aplican con carácter general, a situaciones conectadas con Estados miembros y con terceros Estados, eliminando el papel subsidiario de las normas internas de competencia judicial internacional. El Reglamento 1215/2012, que vino a sustituir al Reglamento 44/2001, también supuso un avance en este sentido, pues se ampliaron las excepciones al requisito de que el demandado debe estar domiciliado en un Estado miembro, a efectos de aplicar sus normas de competencia judicial internacional. El Reglamento 2201/2003, que es anterior a todos ellos, presenta como característica distintiva que se aplica con carácter general, al igual que los Reglamentos más recientes, pero sin prescindir del papel subsidiario de las normas internas de los Estados miembros. Como veremos, en su art. 14 se regula la competencia residual en materia de responsabilidad parental cuando de los arts. 8 a 13 no se deduce la competencia de ningún órgano jurisdiccional de un Estado miembro, mediante una remisión a las leyes de cada Estado miembro.

**14.** Por otra parte, y dado que se trata de una relación jurídica conectada con un tercer Estado, en la Sentencia que estamos analizando se echa en falta alguna referencia al 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, cuya interacción con el Reglamento 2201/2003, en el ámbito de las normas de competencia judicial internacional, ha venido suscitando algunas dudas. El art. 61.a) del Reglamento 2201/2003 dispone que en las relaciones con el Convenio, el Reglamento se aplicará cuando el menor afectado tenga su residencia habitual en el territorio de un Estado miembro. El Convenio de La Haya del 96, a sabiendas de que la UE tenía previsto regular esta materia, dispuso en su art. 52.2 que este Convenio no afectaría a la posibilidad, para uno o varios Estados contratantes, de concluir acuerdos sobre las materias reguladas por el mismo, respecto a niños que tuvieran su residencia habitual en uno de los Estados parte en tales acuerdos<sup>5</sup>. Del tenor de las mencionadas disposiciones resulta claro que las normas de competencia judicial internacional del Reglamento 2201/2003 priman cuando el menor tiene su residencia habitual en un Estado miembro y las del Convenio de La Haya del 96 cuando la tiene en un tercer Estado, parte del Convenio. Pero la duda surge cuando el menor tiene su residencia habitual en un tercer Estado, que no es parte del Convenio, pues en el propio Reglamento 2201/2003, y a pesar del tenor literal de su art. 61.a), se contempla la operatividad de sus normas de competencia judicial internacional en estas situaciones, concretamente en el art. 12.4<sup>6</sup>.

**15.** En la Sentencia objeto de comentario, en la que se discute si la residencia habitual de la menor está en el Reino Unido, lo que llevaba implícita la posibilidad de que se encontrara realmente en Bangladés, que es un Estado tercero, no parte del Convenio de La Haya del 96, podrían haberse considerado las relaciones entre ambos instrumentos. El Abogado General, Sr. H. SAUGMANDSGAARD ØE, se refiere al Convenio de La Haya del 96, pero simplemente para reforzar la idea de que el art. 8 del Reglamento 2201/2003 se aplica cuando el menor tiene su residencia habitual en un Estado miembro, in-

<sup>5</sup> Vid. A. BORRÁS, “La cláusula de compatibilidad del art. 52.2 del Convenio de La Haya de 1996 y los instrumentos comunitarios”, *Nuevas fronteras del derecho de la Unión Europea. Liber amicorum J.L. Iglesias Buhigues*, Valencia, Tirant lo Blanch, 2012, págs. 194 y ss.

<sup>6</sup> Sobre las dudas que generan las relaciones entre estos dos instrumentos vid. A.L. CALVO CARAVACA y J. CARRASCOSA GONZÁLEZ, *Derecho internacional privado*, Vol. II, 18ª ed., Comares, Granada, 2018, págs. 431-432; J.C. FERNÁNDEZ ROZAS y S. SÁNCHEZ LORENZO, *Derecho internacional privado*, 10ª ed., Civitas, Thomson Reuters, 2018, págs. 395-396.

dependientemente de que la relación está conectada con otro Estado miembro o con un tercer Estado (p. 24); al hilo de este argumento, y con el mismo propósito, hace una mención del art. 12.4 del Reglamento 2201/2003, que se aplica en las situaciones conectadas con terceros Estados, no parte del Convenio de La Haya del 96 (p. 25)<sup>7</sup>. En la Sentencia se omiten estas referencias al Convenio, pudiendo observarse no obstante que el razonamiento del TJUE se centra en las soluciones del Reglamento y en el posible recurso en este caso, en defecto de residencia habitual del menor en un Estado miembro, a su art. 14, que lo que hace es integrar con carácter subsidiario las normas internas de los Estados miembros en materia de competencia judicial internacional, como ya se ha dicho<sup>8</sup>.

## 2. La jurisprudencia del TJUE sobre el concepto de residencia habitual en el marco del Reglamento 2201/2203

16. La residencia habitual juega un papel fundamental en los Reglamentos de la Unión Europea y en los Convenios internacionales en los que participa la Unión Europea, ya sea directamente o a través de sus Estados miembros. Sin embargo, con el fin de preservar su carácter fáctico se ha optado por no definir este concepto, dejando que sean las autoridades encargadas de aplicar cada norma las que lo concreten en función de las circunstancias del caso. En la gran mayoría de supuestos ello no tiene por qué suscitar grandes dificultades, si bien la práctica se ha encargado de demostrarnos que pueden darse situaciones complejas, en las que sí resulte difícil<sup>9</sup>.

17. En este sentido, contamos ya con un elevado número de Sentencias del TJUE, en las que ha sido necesario acudir a este organismo para que ayudase a perfilar el concepto de residencia habitual en el marco del Reglamento 2201/2003, bien para la aplicación del foro general de competencia judicial internacional en materia de responsabilidad parental (art. 8), bien para precisar si estábamos ante un supuesto de traslado o retención ilícito de menores, donde el lugar de residencia habitual del menor juega un papel fundamental (arts. 2.11 y 11). En las líneas que siguen vamos a hacer una breve presentación de los pronunciamientos ya existentes, para ver después por qué ha sido necesario plantear una nueva cuestión prejudicial y poder valorar la respuesta que a la misma da el TJUE.

18. En las sentencias que vamos a presentar se afirma, como punto de partida, que “la residencia habitual” es un concepto para el que no se ha hecho una remisión expresa al derecho de los Estados miembros a efectos de determinar su sentido y alcance, por lo que debe ser objeto de una interpretación autónoma y uniforme, que ha de hacerse teniendo en cuenta el contexto de la disposición objeto de análisis y el objetivo que con la misma se pretende alcanzar. Esta jurisprudencia ha tenido siempre muy presente para ello el *Considerando 12* del Reglamento 2201/2003, donde se afirma que las normas de

<sup>7</sup> Conclusiones presentadas el 20 de septiembre de 2018, As. 393/18 PPU, UD c. XB, ECLI:EU:C:2018:749.

<sup>8</sup> En cualquier caso, estamos ante una situación de concurrencia de instrumentos internacionales que presenta una trascendencia menor, dada la gran similitud de soluciones que ofrecen ambos instrumentos. Además, en la reforma que se está preparando del Reglamento 2201/2003 sí se recoge un artículo que regula de forma más cuidada las relaciones con el Convenio de La Haya del 96, al respecto vid. J. PIRRUNG, “Article 61”, U. MAGNUS y P. MANKOWSKI (ed.), *ECPIIL, European Commentaries on Private International Law, Commentary Brussels IIbis Regulation*, Otto Schmidt, Köln, 2017, págs. 468-469.

<sup>9</sup> K. HILBIG-LUGANI ha realizado un análisis del papel tan relevante que tiene actualmente la residencia habitual en los distintos instrumentos de Derecho internacional privado relacionados con el derecho de familia y sucesiones, poniendo de manifiesto las diferencias que pueden plantearse en su concreción y que pueden estar relacionadas tanto con la materia regulada como con el aspecto de derecho internacional abordado –para la determinación de la competencia judicial internacional o la ley aplicable–, “Habitual Residence in European Family Law: the Diversity, Coherence and Transparency of a Challenging Notion”, K. BOELE-WOELKI, N. DETHLOFF y W. GEPHART (eds.), *Family Law and Culture in Europe. Developments, Challenges and Opportunities*, Intersentia, Cambridge, Antwerp, Portland, 2014, págs. 249 y ss. El papel tan relevante que tiene la residencia habitual en materia sucesoria, así como el conocimiento previo de los problemas que ya se estaban planteando, pudo ser la causa de que en el Reglamento 650/2012 sí se ofrecieran al menos pautas interpretativas para resolver situaciones difíciles (Considerandos 23 y 24), vid. J. CARRASCOSA GONZÁLEZ, “Reglamento sucesorio europeo y residencia habitual del causante”, *Cuadernos de Derecho Transnacional*, 2016, Vol. 8, Nº 1, págs. 47 y ss.) Toda esta problemática está dando lugar a que surjan propuestas para superar la indefinición del concepto de residencia habitual, vid. L.A. PÉREZ MARÍN, “Propuesta de un concepto europeo de residencia habitual en derecho de familia internacional”, *Anuario Español de Derecho Internacional Privado*, t. XVIII, 2018, págs. 469 y ss.

competencia judicial internacional en materia de responsabilidad parental están concebidas en función del interés superior del menor, y en particular, en función del criterio de proximidad.

19. En la Sentencia del TJCE de 2 de abril de 2009, as. 523/07, A<sup>10</sup>, se sentaron unas notas configuradoras del concepto de residencia habitual, que después se han ido mantenido, con las necesarias adaptaciones en función de las peculiaridades del caso concreto, en las sentencias que se han dictado con posterioridad. Concretamente, el TJCE señaló lo siguiente: la mera presencia física del menor en un Estado miembro no puede bastar para determinar la residencia habitual del menor (p. 33); además de esa presencia física en un Estado miembro, deben tenerse en cuenta otros factores que indiquen que esa presencia no tiene en absoluto carácter temporal u ocasional, pues la residencia del menor debe deducirse de una determinada integración en un entorno social y familiar (p. 38). En la Sentencia se ofrecen a continuación una serie de factores o indicios de los que deducir esa necesaria integración: 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 (p. 39). Se añade que la intención de los padres de establecerse con el menor en otro Estado, y que se expresa a través de circunstancias externas, puede ser un indicio a efectos de fijar el lugar de residencia habitual (p. 40)<sup>11</sup>.

20. Con posterioridad se dictó la Sentencia del TJUE de 22 de diciembre de 2010 C497/10 PPU, Barbara Mercredi y Richard Chaffe<sup>12</sup>, que presentaba como peculiaridad, frente a la anterior, que se trataba de una menor lactante, que su madre había trasladado de un Estado miembro a otro Estado miembro. El TJUE, recordando la Sentencia anterior, volvió a insistir en la idea de que para determinar la residencia habitual del menor, además de la presencia física en un Estado miembro, deben tenerse en cuenta otros factores que puedan indicar que dicha presencia no tiene en absoluto carácter temporal u ocasional (p. 49). La peculiaridad en este caso, al tratarse de un menor lactante, es que para la determinación de esos indicios o factores de integración había que atender a las circunstancias de la madre, que era quien lo tenía a su cargo (p. 56).

21. En dos Sentencias posteriores se reiteraron estos mismos criterios, adaptándolos a las circunstancias del caso concreto. En la Sentencia del TJUE de 9 de octubre de 2014, C376/14 PPU, C y M<sup>13</sup>, se cuestionó si el traslado del menor, que había tenido lugar conforme a una resolución judicial ejecutiva provisionalmente, que fue revocada posteriormente por una resolución judicial que fijaba la residencia del menor en el domicilio del progenitor que permanecía en el Estado miembro de origen, encajaba en el supuesto de traslado ilícito de los arts. 2.11 y 11 del Reglamento a efectos de la tramitación de una solicitud de restitución (p. 51). El TJUE llamó la atención sobre la necesidad de considerar que ese traslado se había producido sobre la base de una resolución que tenía carácter provisional. Y por otra parte, la Sentencia del TJUE de 15 de febrero de 2017, C499/15, W, V y X<sup>14</sup>, relativa a una demanda de modificación de medidas en materia de responsabilidad parental y alimentos que se pretendía tramitar en Lituania, respecto de un menor que tenía su residencia habitual en los Países Bajos junto a su madre (p.60), donde además de reiterarse las consideraciones ya vistas sobre los elementos configuradores del concepto de residencia habitual,

<sup>10</sup> ECLI:EU:C:2009:225, nota de E. RODRÍGUEZ PINEAU, en Revista española de Derecho internacional, 2009, N° 1, Vol. LXI, págs. 197 y ss.

<sup>11</sup> En la jurisprudencia de los Estados miembros se observa gran diversidad en cuanto a los factores o indicios a tener en cuenta para determinar el lugar de residencia habitual, vid. T. KRUGER, "Chapter 2. Finding a Habitual Residence", I. VIARENGO y F. C. VILLATA (eds.), *Planning the Future of Cross-Border Families: a Path through Coordination. Final Study*, págs. 79 y ss, consultado en: EUFam's Project, <http://www.eufams.unimi.it/project/>. En este sentido también, M.A. GANDÍA SELLENS, "La responsabilidad parental y la sustracción de menores en la propuesta de la Comisión para modificar el RBII bis: algunos avances, retrocesos y ausencias", *Anuario Español de Derecho Internacional Privado*, t. XVII, 2017, pp. 799-820.

<sup>12</sup> ECLI:EU:C:2010:829, nota de S. ÁLVAREZ GONZÁLEZ en *Revista Española de Derecho Internacional*, Vol. LXII, 2010, n° 2, págs. 251 y ss.

<sup>13</sup> ECLI:EU:C:2014:2268

<sup>14</sup> ECLI:EU:C:2017:118. Sobre esta Sentencia vid. S. ÁLVAREZ GONZÁLEZ, "Competencia judicial internacional para la modificación de sentencia en materia de responsabilidad parental y de obligaciones alimenticias. Sentencia de 15 de febrero de 2017, asunto C-499/15: W y V", *La Ley Unión Europea* N° 47, abril 2017, págs. 1 y ss.

se recogen afirmaciones en el sentido de que para determinar la residencia habitual en un Estado miembro se requiere, como mínimo, que el menor haya estado presente físicamente en ese Estado miembro (p 61).

**22.** Resulta interesante, por el carácter novedoso de la situación que se plantea, la Sentencia del TJUE de 8 de junio de 2017 C111/17 PPU, OL y PQ<sup>15</sup>. Se trataba nuevamente de una menor lactante, que nace en un Estado miembro (Grecia), con la intención supuestamente de los progenitores, de fijar después su residencia en otro Estado miembro (Italia), que era el país donde vivía la pareja antes del nacimiento de la menor. El TJUE recordó nuevamente que la residencia habitual del menor se corresponde con el lugar en el que éste tenga una cierta integración en un entorno social y familiar (p. 42), y que para ello, 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 (p. 43), con las peculiaridades ya vistas a propósito de caso Mercredi cuando se trata de un menor lactante (p. 45). Pero en este caso se reflexiona además sobre el papel que juega la intención de los progenitores, señalando, al igual que se hizo en la primera sentencia que mencionábamos, que puede ser un indicio a efectos de concretar el lugar de residencia habitual del menor, pero sin que esa intención resulte decisiva por sí sola (p. 47). Señala el TJUE que adoptar como criterio preponderante la intención inicial de los progenitores de que la madre regresase acompañada de la menor a Italia, estableciendo así una regla general y abstracta de que la residencia habitual de un lactante se corresponde necesariamente con la de sus padres, supondría ir más allá de los límites del concepto de residencia habitual en el sentido del Reglamento 2201/2003 (p. 50), que refleja esencialmente una cuestión de hecho (p. 51).

**23.** La Sentencia del TJUE de 28 de junio de 2018 C512/17, HR<sup>16</sup>, que es la última en esta línea de pronunciamientos previos a la Sentencia objeto de comentario, mantiene los criterios configuradores de la residencia habitual (p.41), volviendo a insistir en la idea de que al estar basada esencialmente en circunstancias objetivas, la intención de los padres no es, en principio, decisiva por sí sola a estos efectos (p. 64). Como originalidad de esta Sentencia señalar que identifica la residencia habitual del menor con el lugar en que se sitúa su centro de vida, concluyendo con una lista de circunstancias determinantes a tener en cuenta, que diferencia de otras que no lo son (p 66)<sup>17</sup>.

**24.** El concepto de residencia habitual ha sido ampliamente analizado a propósito del Convenio de La Haya de 25 de octubre de 1980 sobre los aspectos civiles de la sustracción internacional de menores, donde, al igual que en el marco del Reglamento 2201/2003, juega un papel fundamental a efectos de determinar que se ha producido un traslado o retención ilícitos. Tal como se ha señalado, ha habido tradicionalmente tres posturas en la jurisprudencia de los distintos Estados parte a la hora de determinar el lugar de residencia habitual del menor: una primera, que atiende al menor y a su centro de vida, considerando aspectos de carácter fáctico; una segunda, que atiende a la intención de los progenitores que cuidan del menor, considerando que son los que tienen derecho a decidir su lugar de residencia; y una tercera, denominada híbrida, que combina los dos anteriores, de forma que mantiene el énfasis en las circunstancias fácticas del menor, pero considerando también las intenciones de los progenitores<sup>18</sup>. Pues bien, de la jurisprudencia anterior puede deducirse que el TJUE, a la hora de precisar el concepto de residencia habitual en el marco del Reglamento 2201/2003, ha optado por un enfoque híbrido, que atiende a criterios fácticos, relacionados con la presencia del menor en un Estado miembro, acompañada de indicios o factores que demuestran que hay una cierta integración, sin dejar de reconocer un cierto papel a la intención de los progenitores.

<sup>15</sup> ECLI:EU:C:2017:436

<sup>16</sup> ECLI:EU:C:2018:513.

<sup>17</sup> Coincidimos con L.A. PÉREZ MARTÍN en hacer una valoración positiva de esta Sentencia, pues la concreta determinación de los factores que se consideran relevantes a efectos de fijar el lugar de residencia habitual, distinguiéndolos de los que no lo son, contribuye a facilitar la aplicación del Reglamento por los órganos jurisdiccionales nacionales, “Residencia habitual de los menores y vulneración de derechos fundamentales. Sentencia del Tribunal de Justicia de 17 de octubre de 2018, asunto C-393/18, PPU”, *La Ley Unión Europea*, nº 66, 31 de enero de 2019, pág. 3.

<sup>18</sup> Vid. M<sup>a</sup>.C. CHÉLIZ INGLÉS, *La sustracción internacional de menores y la mediación. Retos y vías prácticas de solución*, Tirant lo Blanch, Valencia, 2019, págs. 46 y ss.

### 3. La presencia física del menor en un Estado miembro como elemento configurador del foro general de la residencia habitual

25. En este contexto, en la Sentencia objeto de comentario se plantea la cuestión de si la presencia física de un menor en un Estado miembro constituye un elemento esencial de la residencia habitual, en el sentido del art. 8 del Reglamento 2201/2003. A la luz de la jurisprudencia reflejada en el epígrafe anterior esta cuestión, por sí sola, carecería de mucho sentido. Pero se explica en conexión con la segunda cuestión que se realiza, y que se refiere a si influye el hecho de que la madre fuera inducida supuestamente mediante engaño a trasladarse a otro Estado, en el que fue retenida ilícitamente por el padre mediante presiones u otro acto ilegal, viéndose con ello obligada a dar a luz en ese Estado, lo cual pudo provocar una vulneración de los derechos de la madre y de la menor.

26. Como pone de manifiesto el Abogado General, Sr. H. SAUGMANDSGAARD ØE, esta cuestión prejudicial se formuló en el contexto de un debate jurídico más amplio. En la Supreme Court of the United Kingdom se había planteado un litigio cuyos hechos se asemejaban mucho a los controvertidos en la Sentencia objeto de análisis: asunto *A v A (Children: Habitual Residence)*, referida al lugar de residencia habitual de un menor nacido en Paquistán, que no había estado nunca en el territorio del Reino Unido. Y en Francia la Cour de Cassation había tenido también que pronunciarse sobre el lugar de residencia habitual de un menor, en un asunto en el que una madre, que residía en Estados Unidos con el padre y el primer hijo de la pareja, había acudido a Francia, embarazada de su segundo hijo para realizar una visita temporal, decidiendo posteriormente y de forma unilateral, una vez dio a luz allí a su segundo hijo, no volver a Estados Unidos<sup>19</sup>. En definitiva, que existía la necesidad de que el TJUE arrojara algo de luz sobre cómo debía interpretarse el concepto de residencia habitual en estas situaciones, que estaban resultando muy problemáticas.

27. En este contexto, el Abogado General, Sr. H. SAUGMANDSGAARD ØE, propuso una interpretación, que entendemos que se apartaba y forzaba en cierta medida la línea interpretativa que había venido mantenido el TJUE en su jurisprudencia anterior, y que de hecho no fue aceptada por el Tribunal. Como es lógico, el Abogado General no desconoce que de forma reiterada la jurisprudencia del TJUE ha recurrido a la expresión “*además de la presencia física [...]*”, antes de enumerar los factores o indicios de los que deducir que hay una cierta integración del menor en un Estado miembro y que no se trata de una presencia temporal u ocasional, pero subraya que el TJUE nunca se ha detenido específicamente en la cuestión relativa al carácter indispensable o no de tal presencia física (p. 56). Prosigue señalando, en relación con la afirmación que con tanta claridad se realizaba en la Sentencia del TJUE de 15 de febrero de 2017, C499/15, W, V y X, en el sentido de que para la determinación de la residencia habitual del menor en un Estado miembro se requiere, como mínimo, que el menor haya estado presente físicamente en ese Estado miembro, que esa Sentencia debía interpretarse a la luz de su contexto fáctico, en el que se quería restar importancia a la nacionalidad del menor como expresión de vínculo efectivo con un determinado país (p. 57). Y en relación con la Sentencia del TJUE de 8 de junio de 2017 C111/17 PPU, OL y PQ, donde se descartó que el menor tuviera su residencia habitual en Italia en base a que esa era la intención inicial de los progenitores, indica que el TJUE podía haberse limitado a poner de manifiesto que el menor nunca había estado físicamente en este país, cosa que no hizo (p. 62). El Abogado General, Sr. H. SAUGMANDSGAARD ØE, añadió, para defender su argumentación, que depender necesariamente de la presencia física a efectos de determinar el lugar de residencia habitual, supondría que este concepto perdería la flexibilidad que permite materializarlo en función del criterio de proximidad y del interés superior del menor (p. 65), flexibilidad que es especialmente necesaria cuando se trata de menores lac-

<sup>19</sup> Para más detalle sobre esta jurisprudencia vid. Conclusiones del Abogado General (cit. supra nota 7), pp. 42-44; T. KRUGER, “Chapter 2. Finding a Habitual Residence”, I. VIARENGO y F. C. VILLATA (eds.), *Planning the Future of Cross-Border Families: a Path through Coordination. Final Study*, op. cit., págs. 85-86; P. BEAUMONT y J. HOLLIDAY, *Recent Developments on the Meaning of Habitual Residence in Alleged Child Abduction Cases*, [https://www.abdn.ac.uk/law/documents/Recent\\_Developments\\_on\\_the\\_Meaning\\_of\\_Habitual\\_Residence\\_in\\_Alleged\\_Child\\_Abduction\\_Cases\\_.pdf](https://www.abdn.ac.uk/law/documents/Recent_Developments_on_the_Meaning_of_Habitual_Residence_in_Alleged_Child_Abduction_Cases_.pdf); A. FIORINI, “Habitual Residence and the Newborn – a French Perspective”, *The International and Comparative Law Quarterly*, 2012, Vol. 61, págs. 530 y ss.

tantes, que pueden nacer y residir en un país distinto de aquel en el que sus padres tienen, a consecuencia de sus lazos familiares y sociales, el centro efectivo de sus vidas (p. 66).

**28.** Como hemos señalado, la Sentencia objeto de comentario no sigue este razonamiento, lo cual hay que considerar correcto. Contamos ya con un importante número de sentencias, en las que se han perfilado las notas configuradoras de la residencia habitual, como concepto autónomo y uniforme propio del Reglamento 2201/2003. Este concepto se ha construido sobre la base de la presencia física del menor, unida a una serie de factores que demuestran que no se trata de una presencia temporal u ocasional, factores que hay que determinar por referencia a la persona o personas, normalmente progenitores, que cuidan del menor cuando se trata de menores lactantes. Las Sentencias del TJUE son constantes en este sentido, a pesar de que el Abogado General quiera ahora poner el acento en aspectos puntuales de algunas de ellas para propiciar otra interpretación. El hecho de que el TJUE nunca se hubiera detenido hasta ahora en la cuestión relativa al carácter indispensable o no de la presencia física del menor en un Estado miembro, ha podido obedecer más bien a que así se ha venido sobreentendiendo, sin necesidad de decirlo expresamente. Para reforzar esta conclusión se añaden en la Sentencia consideraciones sobre la estructura general de las normas de competencia judicial internacional en el marco del Reglamento 2201/2003, diferenciando el art. 8 relativo a la residencia habitual del menor, en el sentido que hemos visto que se interpreta por el TJUE, de otras normas de competencia judicial internacional que no exigen dicha residencia (arts. 12, 13, 14 y 15, p. 56).

**29.** Por otra parte, tal como decíamos al iniciar este epígrafe, esta cuestión prejudicial se plantea en un contexto muy excepcional, pues hay que determinar si influye en la respuesta el hecho de que la madre, supuestamente, haya sido retenida ilícitamente por el padre en un tercer país, viéndose obligada a dar a luz a su hija en ese Estado, sin que los progenitores tuvieran la intención inicial de vivir en ese tercer país. El Abogado General, Sr. H. SAUGMANDSGAARD ØE, es de la opinión que en este caso la intención de la madre de no vivir en este país debe revestir una importancia particular, pues los elementos objetivos que rodean la estancia del menor y de ese progenitor en el país en el que se encuentran no son indicativos del lugar en el que estos están realmente integrados en un entorno familiar y social (p. 92). No obstante, tras referirse el TJUE a la necesaria presencia física del menor en un Estado miembro a efectos de determinar la residencia habitual, era consecuencia lógica que también se mantuviera fiel a su jurisprudencia relativa a que la intención de los progenitores puede ser un indicio a tener en cuenta, pero sin que pueda concedérsele una importancia preponderante en perjuicio de consideraciones geográficas objetivas (p. 62)<sup>20</sup>.

**30.** El TJUE no es ajeno a la presión que deriva de que en este caso se alega una posible vulneración de los derechos de la madre o de la menor, con referencia a los arts. 3 y 5 del Convenio Europeo para la Protección de los Derechos Humanos y de las Libertades Fundamentales, que se reproducen en los arts. 4 y 6 de la Carta de los Derechos Fundamentales de la Unión Europea. No obstante, en la Sentencia objeto de análisis se esfuerza por preservar su línea jurisprudencial anterior, sin alterarla en función de las circunstancias de este caso concreto, con un argumento con el que da una cierta impresión de pasar de forma superficial por este asunto<sup>21</sup>. Se alude a que los intereses del menor ya se han tenido en cuenta a la hora de elaborar las disposiciones del Reglamento 2201/2003 y se menciona también el papel que desempeña el art. 14 del Reglamento 2201/2003, que permite a los Estados miembros proteger los intereses de los menores mediante la atribución de competencia a sus órganos jurisdiccionales en virtud de su derecho nacional (p. 66). En concreto, en el presente asunto se alude a la posibilidad de que los tribunales del Reino Unido acudiesen a la competencia *parens patriae* de sus órganos jurisdiccionales,

<sup>20</sup> Como señala G. BIAGIONI, frente a la tendencia de los tribunales nacionales a conceder mayor relevancia a la intención de los progenitores a efectos de fijar el lugar de residencia habitual del menor, el TJUE se ha venido oponiendo por considerar que puede afectar a la seguridad jurídica, y así se mantiene también en la Sentencia objeto de comentario, “Jurisdiction in matters of parental responsibility between legal certainty and children’s fundamental rights”, *European Papers. European Forum*, 15 April 2019, págs. 8-9.

<sup>21</sup> En este sentido L.A. PÉREZ MARTÍN, “Residencia habitual de los menores y vulneración de derechos fundamentales. Sentencia del Tribunal de Justicia de 17 de octubre de 2018, asunto C-393/18, PPU”, op. cit., pág. 5.

norma que se aplica a los ciudadanos británicos siempre que los órganos jurisdiccionales nacionales lo estimen oportuno (p. 67).

**31.** Pues bien, esa referencia al art. 14 del Reglamento 2201/2003, que se basa en las normas nacionales de cada Estado miembro, como posible garantía para la protección de los derechos de los menores que, como en ese caso concreto se encuentran en una situación delicada en un tercer Estado, nos lleva a llamar la atención sobre la necesidad de ser muy cuidadosos en el caso de que en un futuro se optase por incorporar foros subsidiarios.

LEY NACIONAL DEL CAUSANTE, AUTONOMÍA DE LA  
VOLUNTAD CONFLICTUAL Y REENVÍO. UNA OBRA EN TRES  
ACTOS. BREVES NOTAS A LA SENTENCIA DEL TRIBUNAL  
SUPREMO DE 15 ENERO 2019

NATIONAL LAW OF THE DECEASED, PARTY AUTONOMY AND  
RENOVI. A PLAY IN THREE ACTS. COMMENTS ON THE SPA-  
NISH SUPREME COURT JUDGEMENT OF 15TH JANUARY 2019

JAVIER CARRASCOSA GONZÁLEZ

*Catedrático de Derecho internacional privado  
Universidad de Murcia*

ORCID ID: 0000-0002-0347-7985

Recibido: 08.07.2019 / Aceptado: 18.07.2019

DOI: <https://doi.org/10.20318/cdt.2019.4973>

**Resumen:** Este trabajo realiza una lectura crítica y positiva de varios elementos presentes en la jurisprudencia del Tribunal Supremo: el papel de la Ley nacional en las sucesiones internacionales, el reenvío de primer grado, y la elección de la Ley sucesoria por el causante. El trabajo pone de relieve que el reenvío de primer grado, entendido en un sentido selectivo, puede ser empleado para lograr la aplicación de la Ley del país más vinculado con una sucesión internacional en los casos en los que la el país de la nacionalidad del causante no mantiene una vinculación sustancial con el caso.

**Palabras clave:** sucesión *mortis causa*, ley nacional, causante, sucesiones, reenvío, autonomía de la voluntad, *professio juris*.

**Abstract:** This work makes a critical and positive reading of several elements than may be found in the Spanish Supreme Court case law, such as the role of the National Law in international successions, renvoi at first degree, and the party autonomy of the deceased with regard to the law governing succession. The apper highlights that renvoi at first degree, understood in a selective sense, can be used to achieve the application of the Law of the country most connected to an international succession in cases in which the country of the nationality of the deceased does not maintain a substantial link with the case.

**Keywords:** succession *mortis causa*, national law, deceased, successions, renovi, party autonomy, *professio juris*.

**Sumario:** I. Introducción. Los hechos, los actos y los personajes. II. El escenario normativo. Artículos 9.8 y 12.2 CC. III. La ley nacional del causante al tiempo de su fallecimiento. 1. La visión personalista y nacional de la sucesión *mortis causa*. 2. Política legislativa y Ley nacional del causante. IV. El Derecho internacional privado inglés: la ley del lugar de situación para la sucesión de los bienes inmuebles y la Ley del último *domicile* del causante para la sucesión de los bienes muebles. 1. Dos normas de conflicto para una misma sucesión. 2. Acreditación de las normas de conflicto inglesas ante los tribunales españoles. V. El reenvío de primer grado: regreso al Derecho español. 1. El reenvío es un mecanismo accesorio a la norma de conflicto. 2. Requisitos para poder aceptar un reenvío de primer grado en el sector sucesorio. A) La unidad legal de la sucesión como condición ineludible del reenvío. B) Los índices positivos de reenvío: una mejor localización. C) Irrelevancia de la voluntad del testador. VI. Reflexiones finales.



## I. Introducción. Los hechos, los actos y los personajes

1. Resulta todo un placer leer buena jurisprudencia de Derecho internacional privado y más si ésta se forma en los estrados del Tribunal Supremo. No es relevante, para ello, que la sentencia objeto de comentario verse sobre un precepto legal, el art. 9.8 del Código civil, que hoy día sólo resulta aplicable a sucesiones internacionales abiertas antes del 17 de agosto de 2015 y a supuestos de Derecho interregional. Ciertamente es que la entrada en escena del Reglamento (UE) 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 (conocido como "Reglamento sucesorio europeo") ha dejado al art. 9.8 CC es un segundo plano<sup>1</sup>. Sin embargo, se trata éste de un precepto en pleno vigor y que, en los dos ámbitos señalados, todavía despliega, con notable energía, su función ordenadora de las sucesiones internacionales e interregionales. Por ello, esta sentencia del Tribunal Supremo, Sala Primera, de fecha 15 de enero de 2019 sobre la que versan estos brevísimos apuntes constituye un banco de pruebas de primer orden para la reflexión relativa a la correcta regulación jurídica de las sucesiones internacionales<sup>2</sup>. Es ésta una sentencia sugestiva, evocadora, cautivadora y representa una magnífica oportunidad para practicar el arte de relacionar instituciones jurídicas propias del Derecho internacional privado, el arte de lo que los expertos en epistemología llaman "*to bring things together*".

2. No es complicado resumir los hechos que han dado lugar a esta STS, Sala Primera de 15 de enero de 2019, que se desarrollan en el marco de un decorado compuesto por varios elementos, todos ellos determinantes. Son las circunstancias que rodean el conflicto judicial, y son, a saber, (i) el causante ostentaba nacionalidad británica y era ciudadano inglés en el momento de su fallecimiento; (ii) el causante tuvo su último *domicile*, entendido en el sentido inglés (*domicile as permanent home*) en la provincia de Cádiz, donde vivía desde hacía más de veinticinco años, y estaba plenamente integrado en España, extremos éstos totalmente indiscutidos y (iii) todos los bienes, muebles e inmuebles, integrados en el caudal relicto estaban situados en España. A partir de ahí comienza una obra en varios actos de lo que podría ser un drama o una comedia, según se mire, propia de William Shakespeare.

3. Primer acto: un ciudadano de nacionalidad británica, inglés para ser más precisos, residente habitual en España desde 1984, falleció en el año 2011 en Algeciras. Había otorgado testamento ante notario en 2007 y en dicho testamento había instituido heredera "*en todos sus bienes muebles e inmuebles radicantes en España*" a su esposa, con la que había contraído matrimonio en Gibraltar en el año 2003. En su testamento, el causante indicó que "*esta disposición es factible con arreglo a su ley nacional*". Hasta aquí el primer acto: un homenaje a la libertad absoluta de testar por la que muestra una querencia singular el Derecho inglés.

4. Segundo acto: se abre este segundo acto con la reclamación efectuada por el hijo que el causante había tenido de un matrimonio anterior, hijo que interpuso demanda en cuya virtud solicitaba que declarase su cualidad de legitimario y que se redujera la institución de heredera realizada en el testamento otorgado por su padre en la parte que perjudicase su legítima. Se trata de una defensa de las legítimas españolas propias del Derecho civil español común. Ése es el segundo acto: la lucha entre la libertad de testar inglesa y la legítima del hijo del causante fijada por el Derecho español.

5. Tercer acto: la solución del conflicto, el desenlace del nudo suscitado. Parece claro que se trata de una sucesión *mortis causa* sometida al Derecho inglés, pues así lo indica el art. 9.8 CC. Aunque, claro, como es natural, el lector y espectador mira hacia arriba, a lo alto del decorado, donde se halla en escenario normativo y se pregunta, azorado, si va a intervenir el clásico *deus ex machina* para cambiar el inicialmen-

<sup>1</sup> DOUE L 201 de 27 julio 2012.

<sup>2</sup> STS, Sala Primera, de 15 de enero de 2019 [ECLI: ES:TS:2019:56].

te previsible resultado jurídico del conflicto. Justo es adelantarlo ya: el Tribunal Supremo aplica el art. 9.8 CC y la ley nacional del causante al tiempo de su fallecimiento, que era la ley británica y en concreto la inglesa, pero gracias al reenvío de primer grado que el Derecho inglés realiza en favor del Derecho español, al final se verifica tal reenvío (art. 12.2 CC), y la sucesión queda sujeta al Derecho sucesorio sustantivo español. De ese modo, debe reducirse la institución del heredero y el hijo del causante percibirá su legítima, la legítima que le corresponde según la Ley española, el Derecho civil común español.

6. Los principales personajes que disponen de un rol significativo en esta sentencia son varios.

En primer lugar, aparece el art. 9.8 CC, precepto vivo, y en su párrafo primero se muestra ya la Ley nacional del causante, expresión del más que clásico estatuto personal propio del Derecho internacional privado. La Ley nacional clama por su aplicación y esgrime categóricamente las palabras empleadas por el art. 9.8 CC. Escondido, agazapado tras la Ley nacional, que es, *in casu*, la Ley inglesa, observa el panorama la plena, total y completa libertad de testar propia del Derecho sucesorio inglés, que también reivindica su aplicación.

Un segundo personaje es, naturalmente, el reenvío de retorno, perenne compañero de viaje de la Ley sucesoria desde hace incontables años, siempre dispuesto a evitar, precisamente, la aplicación de la Ley nacional del causante (Ley inglesa) para provocar la aplicación de la Ley sustantiva española (*Lex Materialis Fori*). Estos dos personajes se enfrentarán entre sí, una vez más. Son como los viejos enemigos: nunca desaparecen y siempre están dispuestos para la batalla. Incluso placenteramente dispuestos.

El tercer personaje es una nueva actriz en el escenario del Derecho internacional privado español: la autonomía de la voluntad conflictual, y en concreto, el deseo del causante de que su herencia quede íntegramente sujeta al Derecho sucesorio inglés. Este tercer personaje interviene para ayudar al primero. El espectador puede pensar, legítimo es, que el binomio "Ley nacional del causante" + "voluntad del causante" podrá vencer al reenvío de retorno e inclinará la balanza en favor de la Ley inglesa como Ley rectora de esta sucesión *mortis causa*.

Finalmente, un cuarto personaje es introducido por el demandante en esta representación. Se trata del fraude de Ley, el más incómodo actor del Derecho internacional privado, esa típica mala hierba del Derecho conflictual, en la tradicional expresión de M. HERRERO RODRÍGUEZ DE MIÑÓN, el deseo de sembrar la sospecha de que el causante otorga testamento con arreglo al Derecho inglés para defraudar la aplicación del Derecho sucesorio imperativo español, esto es, para no observar el sistema de legítimas fijado en el Derecho civil común español<sup>3</sup>.

Como sucede en la vida, también en esta STS 15 enero 2019 nada es lo que parece y resulta oportuno adelantar, nuevamente, que el binomio "Ley nacional del causante" + "autonomía conflictual del causante" va a perder la batalla contra el reenvío, triunfante pese a las centenarias críticas que ha recibido y que sigue recibiendo. Este cuarto personaje, el fraude de Ley, es un fantasma. Aparece pero no existe. En este caso ni hay fraude de Ley ni sirve para nada su invocación. La Ley aplicable a la sucesión *mortis causa* se fija con arreglo al art. 9.8 CC y al art. 12.2 CC, y ello conduce primero a la Ley inglesa y luego, ya definitivamente, y gracias a las normas de conflicto inglesas, a la Ley sucesoria española. No existe ningún fraude de Ley en este supuesto porque el causante no cambia de nacionalidad con la intención de otorgar testamento con arreglo a la Ley de su "nueva nacionalidad", Ley que podría permitirle disponer de sus bienes sin sujeción a legítimas (SAT Cataluña, Sala 3ª, 4 noviembre 1986, SAP Barcelona, Sección 4ª, 4 noviembre 2003, STS 5 marzo 1994)<sup>4</sup>. La batalla es la gran redentora, el feroz crisol donde sólo se forjan los auténticos héroes. El reenvío vuelve a ganar la batalla pese a la gran cantidad de censuras, reprobaciones, condenas y reproches que sufre constantemente por parte de ciertos sectores doctrinales. Y gana porque el reenvío, bien empleado, con sutileza, detalle y buena técnica jurídica, contribuye a hacer justicia en el Derecho internacional privado, justo es admitirlo. El reenvío es invencible.

<sup>3</sup> M. HERRERO RODRÍGUEZ DE MIÑÓN, "Marginales al nuevo Título Preliminar del Código civil", *Revista española de Derecho administrativo*, 1974, pp. 359-391; ID., "Aspectos constitucionales del nuevo Título Preliminar del Código civil", *Revista de Estudios políticos*, 1974, núm.198, pp. 89-112.

<sup>4</sup> SAT Cataluña, Sala 3ª, 4 noviembre 1986, *RGD*, 1987, n. 512, pp. 2677-2682; SAP Barcelona, Sección 4ª, 4 noviembre 2003, *Aranzadi Civil* n.1818; STS 5 marzo 1994 [R.2933].

## II. El escenario normativo. Artículos 9.8 y 12.2 CC

7. El Tribunal Supremo se mueve con soltura, inteligencia y habilidad para fijar el correcto marco legal de la disputa entre la esposa del causante y el hijo del mismo. Que es lo que primero debería hacer toda sentencia que se precie de llevar tal nombre. Aunque el caso ha sido resuelto por el Tribunal Supremo en 2019, esto es, en un momento en el que está en pleno vigor el Reglamento sucesorio europeo, lo cierto es que dicho instrumento legal europeo no constituye el marco legal del litigio. Bien claro deja desde el principio el TS tres premisas.

Primera: visto que el causante fallece en el año 2011, el Reglamento citado no es aplicable. En efecto, a la hora de fijar la Ley aplicable, éste sólo rige las sucesiones transfronterizas en el caso de causantes fallecidos el 17 de agosto de 2012 o en fecha posterior a ésta (art. 83.1 RES).

Segunda: no son aplicables tampoco las disposiciones transitorias contenidas en el Reglamento sucesorio europeo. En este caso existe una presunta elección de ley aplicable a la sucesión *mortis causa*, si bien resulta que la aplicación del Reglamento a esta hipotética elección de ley sólo procede en el supuesto de personas que han realizado dicha elección antes del 17 de agosto de 2015 pero que han fallecido con posterioridad a dicha fecha (art. 83.4 RES). No es el caso: el testamento se otorga antes de esa fecha y también antes de esa fecha fallece el causante.

Tercera: como consecuencia lógica de lo anterior, la determinación de la Ley aplicable a esta sucesión *mortis causa* no debe ni puede realizarse con arreglo al Reglamento sucesorio europeo, sino conforme al art. 9.8 CC y al art. 12.2 CC. En otras palabras, puede afirmarse que, *ratione temporis*, este caso cae en los brazos del Derecho internacional privado español y no en los del Derecho internacional privado europeo. Los arts. 9.8 y 12.2 CC, complementados por la muy conocida doctrina jurisprudencial del Tribunal Supremo sobre ambos preceptos constituyen, pues, el correcto marco normativo de esta litis.

## III. La ley nacional del causante al tiempo de su fallecimiento y art. 9.8 CC

### 1. La visión personalista y nacional de la sucesión *mortis causa*

8. El art. 9.8 CC es el precepto que determina, en DIPr. español, la Ley reguladora de las sucesiones por causa de muerte. La regla primera y principal del artículo citado, auténtico frontispicio de la regulación de las sucesiones internacionales, indica: “La sucesión por causa de muerte se regirá por la ley nacional del causante en el momento de su fallecimiento cualesquiera que sean la naturaleza de los bienes y el país donde se encuentren”. Aunque es cierto que el art. 9.1 CC se refiere también a la Ley aplicable a la sucesión por causa de muerte (STS 8 octubre 2010 [testamento mancomunado otorgado por causante alemán en Alemania y posterior testamento otorgado en España], debe subrayarse que, sin embargo, este precepto muestra un “carácter general”, pues constituye el frontispicio básico del estatuto personal en DIPr. español<sup>5</sup>. Es un precepto “enunciativo” o “programático”. La función del art. 9.1 CC no consiste, realmente, en señalar la Ley aplicable a las sucesiones con elementos extranjeros, sino en mostrar que, en DIPr. español, el principio fundamental en la regulación de las cuestiones relativas a la persona, incluida la sucesión *mortis causa*, consiste en que tales cuestiones quedan sujetas a la Ley nacional de la persona. Por ello, en relación con la sucesión por causa de muerte, el art. 9.1 CC contiene un “principio general” y no una “norma reguladora”. Sirve así, este art. 9.1 CC, en relación con las sucesiones internacionales, como un precepto que contiene un principio útil para orientar la interpretación del art. 9.8 CC (M.A. AMORES CONRADI)<sup>6</sup>.

9. El art. 9.8 CC, sabido es, arranca de una concepción personalista y nacional de la sucesión *mortis causa*. Ésta queda sujeta a la “Ley nacional del causante” (art. 9.8 *in primis* CC) (*causam dans*

<sup>5</sup> STS 8 octubre 2010 [ECLI:ES:TS:2010:5120] [causante alemán].

<sup>6</sup> M.A. AMORES CONRADI, “Artículo 9.1 CC”, en AA.VV., *Comentario del Código civil*, publicado por el Ministerio de Justicia, Madrid, 1991, pp. 76-79.

/ *is de cuius hereditate agitur*). La jurisprudencia española ha sido fiel a la letra del precepto<sup>7</sup>. En los casos de Derecho interregional, cubiertos también por el art. 9.8 CC, la nacionalidad del causante viene reemplazada por la “vecindad civil” del causante<sup>8</sup>. No es relevante la nacionalidad de otros sujetos que, de un modo u otro, pueden intervenir en la sucesión: nacionalidad del padre del causante, nacionalidad de los potenciales herederos, etc., como bien ha señalado la RDGRN 14 noviembre 2012 [causante belga de padre italiano]<sup>9</sup>. Es sólo relevante una persona: el causante. Y una sola circunstancia del causante: su nacionalidad al tiempo de su fallecimiento.

## 2. Política legislativa y Ley nacional del causante

**10.** Corresponde, en este momento, reflexionar siquiera brevemente, sobre la opción de política legislativa seguida por el legislador español en este art. 9.8 CC. La preferencia en favor de la Ley nacional del causante, presente en el art. 9.8 CC, se explica por varias razones, razones que se revelan fundamentales para comprender el resultado final de esta litis y la solución que escancia el Tribunal Supremo.

**11.** En primer lugar, huelga recordarlo, España ha sido, tradicionalmente, un país de emigración. Pues bien, con el art. 9.8 CC, los herederos de los emigrantes españoles que partían a América y a otros países, quedaban protegidos con arreglo al rígido sistema de legítimas y al sistema de herencia familiar del Derecho civil común español. Con ciertas excepciones puntuales propias de algunos Derechos civiles españoles autonómicos, –antes forales–, puede afirmarse que los miembros de la familia son los grandes beneficiarios de la herencia. El sujeto no familiar siempre ha sido mirado con desconfianza por el Derecho sucesorio español. Ello presentaba, además, cierta lógica patrimonial y económica en los casos en los que el emigrante español dejaba no sólo a sus familiares en España, sino que dejaba también una parte relevante de su patrimonio en España (STS 30 enero 1960 [sucesión de ciudadano español cuyo patrimonio principal radicaba en Méjico])<sup>10</sup>. Tras ello puede percibirse, explica J. CARRASCOSA GONZÁLEZ, la idea de la proyección de la soberanía del Estado sobre sus nacionales<sup>11</sup>. El influjo en el Código civil español de los Códigos civiles francés (1804) e italiano (1865) que defendían la conexión “*nacionalidad*” para las materias relativas al estado de las personas está presente. Se trata de un influjo edificado sobre la idea de la soberanía del Estado sobre sus nacionales, como se ha indicado. El art. 9.8 CC conserva la fervorosa acogida que en España tuvo la doctrina de P.S. MANCINI, según la cual, la nacionalidad es elemento fundamental para la existencia del Estado, –pues éste ejerce su Soberanía sobre sus ciudadanos–, y “*las reglas jurídicas son el producto natural del ambiente nacional y reflejan el homogéneo temperamento nacional*”, de modo que tales reglas deben seguir a la persona en todos sus desplazamientos “*como la sombra al cuerpo*”, escribía P.S. MANCINI, como han recordado, entre otros, F. PASTORE y J.Y. CARLIER<sup>12</sup>. Para el

<sup>7</sup> *Vid. inter alia*, SAP Málaga 8 enero 2019 [causante marroquí] [ECLI:ES:APML:2019:17]; RDGRN 19 junio 2018 [sucesión de causante alemán] [BOE núm. 161 de 4 julio 2018]; SAP Islas Baleares 3 mayo 2018 [sucesión de ciudadano alemán] [ECLI:ES:APIB:2018:923]; SAP Girona 1 octubre 2014 [ECLI:ES:APGI:2014:977] [causante alemán]; SAP Madrid 7 julio 2014 [ECLI:ES:APM:2014:8785] [causante venezolana]; SAP Madrid 16 octubre 2012 [ECLI:ES:APM:2012:18047] [causante estadounidense]; AAP Madrid 17 enero 2013 [ECLI:ES:APM:2013:841A] [Ley china]; SAP Las Palmas 18 septiembre 2012 [ECLI:ES:APGC:2012:1868] [sucesión de causante venezolano y testamento otorgado ante Cónsul de Venezuela en Texas]; SAP Madrid 10 septiembre 2012 [ECLI:ES:APM:2012:14805] [causante californiano]; RDGRN 14 noviembre 2012 [BOE núm. 310 de 26 diciembre 2012] [causante belga de padre italiano]; STS 10 julio 2009 [ECLI:ES:TS:2009:4675] [español exiliado en México que adquiere la nacionalidad mexicana]; SAP Madrid 22 diciembre 2008 [ECLI:ES:APM:2008:18474] [testamento ológrafo de causante mejicano]; SAP Castellón 16 enero 2009 [ECLI:ES:APCS:2009:21] [causante marroquí].

<sup>8</sup> SAP Zaragoza 9 noviembre 2016 [ECLI:ES:APZ:2016:1864] [testamento otorgado en Reino Unido]; STS 20 junio 2016 [ECLI:ES:TS:2016:2864] [vecindad civil foral navarra y sucesión *mortis causa*]; STS 14 septiembre 2009 [R. 6139] [ECLI:ES:TS:2009:5417] [vecindad civil catalana], SAP Zaragoza 10 noviembre 2004 [causante aragonés y consorcio] Precedente claro es la STS 14 diciembre 1901 [J.C., vol.92, pp. 619-622, n. 143].

<sup>9</sup> RDGRN 14 noviembre 2012 [BOE núm. 310 de 26 diciembre 2012].

<sup>10</sup> STS 30 enero 1960 [sucesión de ciudadano español y patrimonio en Méjico] [R.452].

<sup>11</sup> J. CARRASCOSA GONZÁLEZ, *Matrimonio y elección de ley. Estudio de DIPr.*, Granada, Comares, 2000, pp. 34-39.

<sup>12</sup> P.S. MANCINI, *Della nazionalità come fondamento del diritto delle genti*, G.Giappichelli Ed. (a cura di E. Jayme), Torino, 1994, pp. 46-47; J.-Y. CARLIER, *Autonomie de la volonté et statut personnel*, Bruselas, 1992, pp. 90-103; Id., “Estatuto personal y sociedad multicultural: el papel de la autonomía de la voluntad”, en AA.VV., *Estatuto personal y multiculturalidad de la*

célebre diplomático italiano, la nacionalidad era un criterio que servía, fundamentalmente, para fortificar la Soberanía del Estado, observa J. LEREBOURS-PIGEONNIÈRE<sup>13</sup>. Ello encajaba perfectamente con la estabilidad legal que proporciona la Ley nacional: el domicilio cambia fácilmente y es susceptible de fraudes, como los famosos "domicilios fraudulentos". La nacionalidad, aunque puede cambiar, tiene vocación de permanencia y su fijación legal evita fraudes. Era un criterio idóneo para determinar la base subjetiva del Estado y éste sólo puede subsistir si asegura que sus Leyes son observadas por sus ciudadanos. En suma, el art. 9.8 CC se concentra en la Ley nacional del causante para que los nacionales queden sujetos a las leyes de su país y de ese modo, quede salvaguardada la soberanía de su país.

Sin embargo, en la actualidad, la justificación de la "protección de los herederos de los emigrantes españoles" ha perdido peso específico. España es, en el siglo XXI, un país de recepción de inmigrantes cuyas autoridades y tribunales se han visto obligados hoy día a aplicar de modo muy frecuente las Leyes extranjeras de causantes extranjeros que residen habitualmente y poseen bienes en España. Ello carece de todo sentido económico y provoca soluciones conflictuales ineficientes, especialmente cuando la sucesión comprende bienes inmuebles sitios en España y, por tanto, las resoluciones españolas en materia sucesoria están llamadas a producir efectos legales, exclusivamente, en España y no en el Estado del que es nacional el causante, apunta I.A. CALVO VIDAL<sup>14</sup>. En efecto, actualmente, en numerosísimas ocasiones, el art. 9.8 CC conduce a aplicar la Ley nacional del causante y ésta no es la Ley del país más estrechamente vinculado con la sucesión. Ello encarece la solución "Ley nacional del causante", que se muestra hoy día como una solución ineficiente. En suma, la aplicación de la Ley nacional del causante reproduce, hoy día, el fenómeno conocido como "vértigo de la Ley nacional" del que hablara J.-P. NIBOYET: una desmesurada e injustificada extensión de las cuestiones regidas por la Ley nacional de la persona que alcanza, también, a las cuestiones sucesorias<sup>15</sup>. Y además, potencia la famosa "paradoja de la nacionalidad", bien enunciada por A. FLESSNER: resulta que cuanto más integrado en España está el sujeto, más frecuentemente debe aplicarse su Ley nacional<sup>16</sup>. Cuanto mayor es el contacto del extranjero con España, más veces hay que aplicar su Ley nacional extranjera. Es un contrasentido, pero es cierto. Ello revela que, con extrema frecuencia, la Ley nacional del causante no es la Ley del país más estrechamente vinculado con el supuesto sucesorio.

**12.** En segundo lugar, también es sabido que en Derecho sucesorio español se sigue un sistema de sucesión romana. Lo relevante es, en dicho sistema, la "persona del causante", que debe ser "reemplazada" por otra persona en sus derechos y obligaciones. Una persona "sucede a otra". Por ello se establece que la Ley que rige la sucesión es la Ley nacional del causante. Todo gira alrededor de la "persona" del causante, no alrededor de su patrimonio. El causante es el elemento central y determinante de la sucesión, el centro de gravedad axiológico de la regulación jurídica de la sucesión *mortis causa* en Derecho español. A diferencia de lo que acontece en sistemas sucesorios de otros países, singularmente los anglosajones, para el Derecho sucesorio español, la persona está por encima del dinero, el ser humano es más importante que su patrimonio. Al fallecimiento de una persona, otra ocupa su lugar, para lo bueno y para lo menos bueno. La persona fallecida, en cierto sentido, sigue viviendo a través de la sus herederos, que ocupan su lugar. Es por esta visión, si se quiere hasta casi romántica y decimonónica de la sucesión, que el art. 9.8 CC fije la Ley aplicable a la sucesión *mortis causa* con atención a la persona del causante y no con los ojos puestos en los bienes del causante o en otras circunstancias.

**13.** En tercer término, en el contexto del art. 9.8 CC, la sucesión *mortis causa* se regula siempre por una sola Ley estatal. Por ello, como dice expresamente el precepto citado, no es relevante que la sucesión afecte a bienes muebles o inmuebles y tampoco es relevante el lugar de situación de los bienes que cubre la sucesión. El TS ha subrayado de forma terminante, y desde hace más de cien años, que el

---

*familia*, Madrid, Colex, 2000, pp. 27-38; F. PASTORE, "Famiglie immigrate e diritti occidentali: il diritto di famiglia musulmano in Francia e in Italia", *RDI*, 1993, pp. 73-117.

<sup>13</sup> P. LEREBOURS-PIGEONNIÈRE, "Observations sur la question du renvoi", *JDI Clunet*, 1924, pp. 877-903.

<sup>14</sup> I.A. CALVO VIDAL, "Nota a RDGRN de 18 enero 2005 (sucesiones)", *REDI*, 2005, pp. 1028-1033.

<sup>15</sup> J. P. NIBOYET, *Traité de droit international privé français*, vol.III, París, Sirey, 1944, pp. 166-197.

<sup>16</sup> A. FLESSNER, "Fakultatives Kollisionsrecht", *RabelsZ.*, 1970, vol.34, pp. 547-584.

art. 9.8 CC exige que la sucesión debe quedar siempre sujeta a una sola y única Ley<sup>17</sup>. El principio fundamental, en el art. 9.8 CC, de "unidad de la Ley sucesoria" ha sido corroborado igualmente por la DGRN (RDGRN 14 noviembre 2012 [causante belga], RDGRN 18 junio 2003, RDGRN 11 marzo 2003)<sup>18</sup>. La expresión “[cualquiera que sea] el país donde se encuentren [los bienes]” fue tomada por el legislador español de 1974, del art. 8 del *Codice civile* italiano de 1865, luego reproducida también en el art. 23 del *Codice civile* de 1942, explica T. BALLARINO<sup>19</sup>. La exigencia de unidad de la Ley sucesoria deriva del art. 9.8 CC, no del art. 12.2 CC, como ha subrayado de manera precipitada algún comentarista, precepto que nada indica al respecto. Tampoco deriva la unidad sucesoria del Derecho sustantivo sucesorio español. La unidad legal de la sucesión *mortis causa* es una característica estructural de la configuración de la sucesión *mortis causa* en Derecho internacional privado, que es única para toda España con independencia de que en España coexistan diversos sistemas sucesorios materiales. El Derecho internacional privado español, en efecto, es único para toda España y en ese sistema la sucesión *mortis causa* debe quedar imperativamente sujeta a una sola Ley estatal reguladora. La preferencia por la Ley nacional del causante refuerza la unidad de la sucesión.

14. En cuarto lugar, el art. 9.8 CC emplea la conexión “nacionalidad del causante” y “congela” dicha circunstancia en el tiempo. En efecto, la nacionalidad relevante para la norma de conflicto es la nacionalidad del causante “en el momento de su fallecimiento”. Con ello se logra un claro objetivo: evitar problemas de “conflicto móvil”. En efecto, aunque el causante haya ostentado diferentes nacionalidades durante su vida, sólo una es relevante a efectos de determinar la Ley que rige su sucesión: la nacionalidad que ostenta al momento de su fallecimiento (nacionalidad *tempore mortis*). Esta “congelación en el tiempo” de la nacionalidad del causante solventa los problemas de conflicto móvil que generaba el antiguo art. 10.2 CC (versión de 1889), precepto que no concretaba el momento temporal en el que había que considerar la nacionalidad del causante. Véase un ejemplo. Una mujer perdió su nacionalidad española por razón de matrimonio antes de la entrada en vigor de la Constitución España de 29 diciembre 1978 y adquirió la nacionalidad alemana. Nunca posteriormente recuperó la nacionalidad española y falleció como alemana. En consecuencia, la Ley reguladora de su sucesión *mortis causa* era la Ley alemana (SAP Alicante 26 enero 2009 [sucesión de causante alemán y acreditación de la cualidad de hija extramatrimonial de la heredera])<sup>20</sup>.

#### IV. El Derecho internacional privado inglés: la ley del lugar de situación para la sucesión de los bienes inmuebles y la Ley del último *domicile* del causante para la sucesión de los bienes muebles

##### 1. Dos normas de conflicto para una misma sucesión

15. Visto que el causante tenía nacionalidad británica y era ciudadano inglés, es aplicable, en el caso objeto de esta STS 15 enero 2019, el Derecho inglés a su sucesión *mortis causa* (art. 9.8 CC). En tal sentido, debe tenerse presente que, en tal ordenamiento jurídico, la sucesión de los bienes muebles se rige por la Ley del país del último *domicile* del causante y la sucesión de los bienes inmuebles queda sujeta a la Ley del país en cuyo territorio están sitios tales inmuebles. El *domicile* es un misterio envuelto en un enigma y escondido en un acertijo. Su definición es extremadamente complicada para todo jurista,

<sup>17</sup> Vid. muy clara la pionera STS 14 diciembre 1901 [J.C., vol.92, pp. 619-622, n. 143]. Ya en tiempos modernos, vid. STS 15 noviembre 1996, *Lowenthal* [Ley de Maryland] [ECLI:ES:TS:1996:6401] [REDI, 1997, pp. 265-268] y [R.8212]; STS 21 mayo 1999, *Denney* [Ley inglesa sin legítimas] [ECLI: ES:TS:1999:3532] [R.4580]; STS 23 septiembre 2002, *François Marie James W* [ECLI:ES:TS:2002:6053]; STS 12 enero 2015 [testamento otorgado por nacional británico y bien inmueble sito en España: reenvío], SAP Málaga 25 mayo 2017 [partición de herencia y bienes en el extranjero] [ECLI:ES:APMA:2017:955].

<sup>18</sup> RDGRN 14 noviembre 2012 [BOE núm. 310 de 26 diciembre 2012] [causante belga de padre italiano]; RDGRN 18 junio 2003 [BOE de 30 julio 2003]; RDGRN 11 marzo 2003 [BOE de 26 abril 2003].

<sup>19</sup> T. BALLARINO, “Successione ereditaria”, *Enciclopedia del Diritto*, 1988, vol.XLIII, pp. 1268-1296; T. BALLARINO, “Successioni”, *Enciclopedia del Diritto, (aggiornamento)*, vol. I, 1997, pp. 943-955.

<sup>20</sup> SAP Alicante 26 enero 2009 [ECLI: ES:APA:2009:1041] [sucesión de causante alemán y acreditación de la cualidad de hija extramatrimonial de la heredera].

ingleses incluidos. No equivale al domicilio español ni a la residencia habitual (art. 40 CC) ni tampoco, por supuesto, al domicilio fiscal español. Un causante con residencia habitual en Inglaterra puede tener su *domicile* en España y viceversa, visto el significado real del concepto inglés de "*domicile*" (*Domicile as Permanent Home*) (vid. en aplicación del art. 9.8 CC, muy correctas: SJPI n.5 Cartagena 13 abril 2011 y SAP Murcia 30 noviembre 2011 [reenvío de primer grado del Derecho inglés al Derecho español, todos los bienes inmuebles sitios en España y *domicile* en España del causante])<sup>21</sup>.

16. El concepto de "*domicile*" propio del Derecho inglés es, salvando las distancias, relativamente similar al concepto español de "vecindad civil", como ha explicado autorizada doctrina<sup>22</sup>. Retener un "concepto español" de domicilio en la aplicación de la norma de conflicto inglesa resulta incorrecto, ya que "desnaturaliza" la localización llevada a cabo por el legislador inglés. Error que además resulta más profundo si el concepto "español" de domicilio que se emplea es un concepto "fiscal" y no "civil", como el haber residido en España más de 183 días. Así lo indica la STS 5 diciembre 2018 [causante inglés]<sup>23</sup>. El tribunal español debe aplicar la norma inglesa como lo haría un juez inglés, y por tanto, debe conocer el concepto inglés de "*domicile*" para poder aplicarlo correctamente. Como explica J.J. MARTÍNEZ NAVARRO, cuyas observaciones se siguen en las próximas líneas, en Derecho inglés, toda persona tiene un *domicile* (*Bell vs. Kennedy* 1868, *Udny vs. Udny* 1869)<sup>24</sup>. No es posible que una persona no tenga *domicile*. En Derecho inglés, explica el inmejorable texto originalmente escrito por C. CHESIRE, existen tres tipos de *domicile*: domicilio de origen (*domicile of origin*), domicilio de elección (*domicile of choice*) y domicilio de dependencia (*domicile of dependency*)<sup>25</sup>.

## 2. Acreditación de las normas de conflicto inglesas ante los tribunales españoles

17. La norma de conflicto inglesa en materia sucesoria y su punto de conexión debe interpretarse y aplicarse según las reglas de dicho ordenamiento extranjero, como ha indicado solvente doctrina<sup>26</sup>. Por otro lado, la norma de conflicto inglesa es una norma jurídica extranjera. Por tanto, debe ser probada o mejor dicho, "acreditada", por la parte que reclama su aplicación (art. 281.2 LEC). Para apreciar el reenvío es preciso probar, en todo caso, la norma de conflicto extranjera. Y si ello no ocurre, el reenvío no se puede apreciar (SAP Las Palmas 28 junio 2004 [falta de prueba del Derecho inglés], RDGRN 5 febrero 2005 [falta de prueba del Derecho norteamericano])<sup>27</sup>.

Ahora bien, citada la doctrina ortodoxa, sea muy bienvenida la apertura heterodoxa que suministra el TS en esta sentencia y que ya había sido adelantada por la STS 10 junio 2005<sup>28</sup>. Y es que sólo debe probarse o acreditarse el tenor del Derecho extranjero si el juez lo desconoce. Frente a ello, si el tribunal competente conoce y sabe que la norma de conflicto inglesa conduce, para la sucesión de los

<sup>21</sup> SAP Murcia 30 noviembre 2011 [ECLI: ES:APMU:2011:2683] [Derecho inglés].

<sup>22</sup> M. VIRGÓS SORIANO, "Derecho de sucesiones y reenvío: la respuesta del sistema español", *Anales de las Academia Matritense del Notariado*, n. 42, 2004, pp. 181-210; M. VIRGÓS SORIANO / E. RODRÍGUEZ PINEAU, "Succession Law and Renvoi: the Spanish Solution", *Festschrift Erik Jayme*, vol. I, Munich, 2004, pp. 977-992; V. MARTORELL GARCÍA, "Estatuto personal de los británicos y su régimen matrimonial y sucesorio en la práctica notarial española", [www.notariosyregistradores.com](http://www.notariosyregistradores.com); J. DERRUPÉ / J.-P. LABORDE, *Droit international privé*, Dalloz, 16ª ed., 2008, pp. 171-174; J.-P. LABORDE / S. SANA-CHAILLÉ DE NÉRÉ, *Droit international privé*, 19ª ed., Paris, Dalloz, 2017, pp. 174-177.

<sup>23</sup> STS 5 diciembre 2018 [causante inglés] [ECLI: ES:TS:2018:4139].

<sup>24</sup> J.J. MARTÍNEZ NAVARRO, "Derecho sucesorio inglés", en J. CARRASCOSA GONZÁLEZ / J.J. MARTÍNEZ NAVARRO (Dir.), *Prontuario básico de Derecho sucesorio internacional*, Granada, Comares, 2ª ed., 2015, pp. 171-200.

<sup>25</sup> J. FAWCETT / J. M. CARRUTHERS, *Cheshire, North & Fawcett Private International Law*, 14ª edición, Oxford University Press, 2008, pp. 153-182.

<sup>26</sup> Y. LEQUETTE, "Le renvoi de qualification", *Mélanges dédiés à Dominique Holleaux*, Paris, 1990, pp. 250-272; G. KEGEL, "Introduction to Private International Law", *International Encyclopedia of Comparative Law*, 1986, pp. 44-36; PH. FRANCESCOAKIS, *La théorie du renvoi et les conflits de systèmes en droit international privé*, Paris, 1958, pp. 189-203; E. JAYME, "Zur Qualifikationsverweisung im internationalen Privatrecht", *Zeitschrift für Rechtsvergleichung*, 17, 1976, pp. 93-109.

<sup>27</sup> SAP Las Palmas 28 junio 2004 [R. 203300] [falta de prueba del Derecho inglés]; RDGRN 5 febrero 2005 [BIMJ núm. 1993 de 15 julio 2005 y RJ 2451] [falta de prueba del Derecho norteamericano].

<sup>28</sup> STS 10 junio 2005 [ECLI:ES:TS:2005:3760] [prueba del Derecho belga].

bienes muebles, a la Ley del país donde se hallaba el último *domicile* del causante y que lleva a la Ley del país donde se encuentran los inmuebles para regular la sucesión *mortis causa* que se refiere a éstos, entonces no será preciso exigir a ninguna de las partes que prueben el tenor y alcance de estas normas de conflicto inglesas. Con otras palabras, más exactas, el mismo TS indica que "*el juez debe aplicar el Derecho extranjero si es que lo conoce*" y cita en su favor su propia y antes citada STS 10 junio 2005. Se trata de una solución eficiente. Se debe probar el Derecho extranjero cuando el tribunal lo desconoce pero no es necesario probarlo cuando el tribunal ya lo conoce de manera cierta y fehaciente. El tribunal español no puede dictar sentencia con apoyo en el Derecho inglés si lo desconoce, pero puede y debe hacerlo si lo conoce. Probar lo que ya es conocido resulta ineficiente y absurdo. Exigir un exceso de formalismo en este extremo perjudica la tramitación ágil del litigio, no comporta ventaja material alguna y daña los derechos procesales de las partes.

## V. El reenvío de primer grado: regreso al Derecho español

### 1. El reenvío es un mecanismo accesorio a la norma de conflicto

18. En Derecho internacional privado español, y con carácter general, sólo el reenvío de primer grado es posible (art. 12.2 CC)<sup>29</sup>. Pues bien, se trata ahora de concretar si procede aceptar el reenvío de primer grado que las normas de conflicto extranjeras hacen en favor de las normas materiales españolas en materia sucesoria. Las normas de conflicto de los distintos países del mundo utilizan puntos de conexión muy diferentes en materia de sucesiones *mortis causa*. Ello explica que el famoso "reenvío" sea muy frecuente en esta materia.

19. Antes de la entrada en escena del Tribunal Supremo en 1996 en la cuestión de las relaciones entre reenvío y Ley reguladora de la sucesión *mortis causa* ex art. 9.8 CC, la jurisprudencia española sobre el reenvío de primer grado en materia sucesoria era oscilante, imprecisa, indefinida e inestable, pero se apreciaba una cierta tendencia mayoritaria favorable a la aceptación del reenvío de retorno. Todo cambió con la aparición de la STS 15 noviembre 1996.

20. Como ha indicado el TS desde su famosa STS 15 noviembre 1996, *Lowenthal*, el reenvío no constituye una "solución general" ni un "mecanismo automático"<sup>30</sup>. El reenvío es una mera herramienta jurídica. Es un puro instrumento al servicio de una mejor aplicación de las normas de conflicto. El art. 12.2 CC es una norma auxiliar o ancilar respecto de las normas que indican el "Derecho aplicable". Por ello, el reenvío no puede traicionar el sentido de las normas de conflicto, no pueden cambiar su propósito. El reenvío debe, por el contrario, facilitar la correcta aplicación de la norma de conflicto. El reenvío desarrolla, así, una "función instrumental", subraya A.-L. CALVO CARAVACA<sup>31</sup>. El reenvío de primer grado en favor de la Ley sustantiva española (art. 12.2 CC) es un "instrumento accesorio" de la norma que determina la Ley reguladora de la sucesión, que es el art. 9.8 CC. El art. 12.2 CC es una "norma de aplicación" que está al servicio del art. 9.8 CC, que es una "norma de conflicto", enseña de nuevo A.-L. CALVO CARAVACA<sup>32</sup>. Ello comporta diversas consecuencias de notable envergadura.

21. El reenvío no es obligatorio ni es automático. El reenvío que las normas de conflicto extranjeras hacen en favor de la Ley sustantiva española no debe aceptarse de manera matemática, siempre

<sup>29</sup> Los estudios sobre el reenvío son legión. Uno de los más completos, recientes y estimulantes es el debido a A. DAVI, "Le renvoi en droit international privé contemporain", *RCADI*, vol. 352, 2012, pp. 1-528, de lectura altamente recomendable.

<sup>30</sup> STS 15 noviembre 1996, *Lowenthal* [Ley de Maryland] [ECLI:ES:TS:1996:6401], *REDI*, 1997, pp. 265-268 y [R.8212].

<sup>31</sup> A.-L. CALVO CARAVACA, "Sucesión hereditaria", en J.D. GONZÁLEZ CAMPOS Y OTROS, *Derecho internacional privado parte especial*, 1995, pp. 393-422; A.-L. CALVO CARAVACA, "Art. 9.8 Cc.", en AA.VV, *Comentarios al Código Civil y a las Compilaciones forales*, dirigidos por M. ALBALADEJO Y S. DÍAZ ALABART, tomo I, vol.II, 2ª ed., Ed.Revista de Derecho privado / Edersa, Madrid, 1995, pp. 350-391; Id., "La sucesión hereditaria en el Derecho internacional privado español", *RGD*, 1986, pp. 3103-3138.

<sup>32</sup> *Vid.* nota anterior.



ey en todos los casos. Por eso se dice que el reenvío no es “obligatorio”, sino que debe operar de modo “selectivo”. Así lo establece el mismo art. 12.2 CC, que indica que el juez español no está obligado a aplicar las normas de conflicto extranjeras que remiten al Derecho sustantivo español. El juez español puede, simplemente, “tener en cuenta”, la remisión que tales normas de conflicto extranjeras realizan en favor del Derecho sustantivo español. Porque es claro que “tener en cuenta” no es lo mismo que “aplicar” las normas de conflicto extranjeras, apunta la citada STS 15 noviembre 1996. El art. 12.6 CC precisa que sólo las normas de conflicto “del Derecho español” son imperativas y por tanto de inexcusable aplicación por los jueces y autoridades españolas. En consecuencia, las normas de conflicto “del Derecho extranjero”, que son las que provocan el reenvío, son de aplicación “facultativa” para los jueces y autoridades españolas.

**22.** El reenvío existe para ayudar a la Justicia en el Derecho internacional privado, no para tergiversar las soluciones legales. El reenvío debe conducir a consecuencias razonables y justas, como ha subrayado el mismo TS con reiteración<sup>33</sup>. El reenvío sólo debe aceptarse si a través del mismo se mejora la aplicación de las normas de conflicto española. El juez español debe demostrar y probar, con la oportuna motivación, que el reenvío conduce a resultados justos en relación con el caso concreto porque perfecciona y refina la solución general contenida en el art. 9.8 CC. A tal efecto, el tribunal español debe realizar un “examen de oportunidad del reenvío”. En dicho test, deben ponderarse los elementos del caso concreto y los resultados que comporta el reenvío en el supuesto del que se trate. Este modo de entender la operatividad del reenvío se conoce tradicionalmente como “reenvío funcional” o “reenvío expediente” y así lo ha explicado abundante doctrina especializada<sup>34</sup>.

## **2. Requisitos para poder aceptar un reenvío de primer grado en el sector sucesorio**

**23.** Los casos en los que el reenvío resulta útil y conveniente porque perfecciona la solución general contenida en el art. 9.8 CC son aquéllos en los que se verifican, cumulativamente, estas dos circunstancias: 1º) Respeto de la unidad legal de la sucesión. Sólo se aceptará el reenvío si, pese a su intervención, la sucesión *mortis causa* queda sujeta a una sola Ley estatal. La unidad legal de la sucesión *mortis causa* es una condición imperativa, necesaria, ineludible y básica del reenvío en el sistema español de Derecho internacional privado; 2º) Debe concurrir alguna circunstancia que aconseje aceptar el reenvío porque con el mismo no sólo se respeta la unidad legal de la sucesión, sino que, además, se llega a resultados oportunos, razonables, adecuados y justos desde el punto de vista del Derecho internacional privado.

### **A) La unidad legal de la sucesión como condición ineludible del reenvío**

**24.** El reenvío debe respetar los “principios básicos” de la norma principal, que es el art. 9.8 CC, norma de conflicto que señala la Ley aplicable a la sucesión *mortis causa*. Pues bien, el principio básico que opera como columna vertebral y clave de bóveda del art. 9.8 CC es la “unidad y universalidad legal de la sucesión”. Toda sucesión *mortis causa* debe quedar sujeta a una sola Ley estatal reguladora, con independencia de la naturaleza de los bienes y de los países en los que se encuentren tales bienes. Por tanto, si el reenvío de primer grado (art. 12.2 CC) comporta la consecuencia de que la sucesión de ciertos bienes queda sujeta al Derecho sustantivo español, pero la sucesión de otros bienes queda sujeta a un Derecho extranjero, el reenvío en favor del Derecho español no se aceptará y la sucesión quedará sujeta, enteramente, a la Ley nacional del causante (art. 9.8 CC). En conclusión, el reenvío en favor del

<sup>33</sup> STS 15 noviembre 1996, *Lowenthal* [Ley de Maryland] [ECLI:ES:TS:1996:6401] [*REDI*, 1997, pp. 265-268] y [R.8212]; STS 21 mayo 1999, *Denney* [Ley inglesa sin legítimas] [ECLI:ES:TS:1999:3532] [R.4580]; STS 23 septiembre 2002, *François Marie James W* [ECLI:ES:TS:2002:6053]; STS 12 enero 2015 [nacional británico y reenvío] [ECLI:ES:TS:2015:422]; STS 5 diciembre 2018 [causante inglés] [ECLI:ES:TS:2018:4139]; STS 15 enero 2019 [causante inglés] [ECLI:ES:TS:2019:56].

<sup>34</sup> P. COURBE, *Droit international privé*, Colin-Dalloz, Paris, 2007, pp. 121-123; Ph. FRANCESCARIS, *La théorie du renvoi et les conflits de systèmes en droit international privé*, Paris, 1958, pp. 189-203; Id., “Nota sent. Rabat 24 octubre 1950”, *RCDIP*, 1952, p. 89; Id. “Nota sent. Paris 7 julio 1954”, *RCDIP*, 1954, pp. 582 ss.; H. LEWALD, “Renvoi Revisited?”, en *Fragen des Verfahrens- und Kollisionsrechtes, Festschrift Hans Fritzsche*, Zürich, 1952, pp. 165-180.

Derecho sucesorio material español nunca puede aceptarse si comporta un fraccionamiento legal de la sucesión, si conduce a la aplicación de varias leyes a la misma sucesión.

**25.** Ha sido el TS el que ha subrayado de manera muy clara e imperativa la exigencia del respeto de la unidad legal de la sucesión *mortis causa*, por parte del reenvío (STS 15 noviembre 1996, *Lowenthal*, STS 21 mayo 1999, *Denney*, STS 23 septiembre 2002, *François Marie James W.*, STS 12 enero 2015 [testamento otorgado por nacional británico y bien inmueble sito en España: reenvío]; STS 5 diciembre 2018 [causante inglés], todas antes citadas. En esta STS 15 enero 2019, el TS remarca su perfecto alineamiento con su precedente jurisprudencia, respetuosa con la unidad legal de la sucesión internacional y deja claro que en el caso de especie no existe ningún "fraccionamiento legal de la sucesión". En efecto, la herencia está formada por un bien inmueble sito en España y el *domicile* del causante se localiza en España. De ese modo, con arreglo a las normas de conflicto inglesas, tanto la sucesión de los bienes inmuebles como la de los muebles queda sujeta al Derecho español.

**26.** En la STS 15 noviembre 1996, *Lowenthal*, y en la STS 21 mayo 1999, *Denney*, el TS negó el reenvío en favor de la Ley sucesoria española para salvaguardar así la unidad legal de la sucesión. En la STS 23 septiembre 2002, *François Marie James W.* y en la STS 12 enero 2015 [testamento otorgado por nacional británico y bien inmueble sito en España: reenvío], el TS aceptó el reenvío al quedar acreditado que éste no comportaba la aplicación de diversas leyes sucesorias a segmentos distintos de la misma herencia. En la más reciente STS 5 diciembre 2018 [causante inglés], el TS niega el reenvío en favor del Derecho español al comprobar que el causante mantenía su *domicile* en Inglaterra y que ello hubiera conducido a la aplicación de Leyes estatales diferentes a diferentes segmentos patrimoniales de la misma sucesión *mortis causa*. En efecto, "el reenvío solo hubiera conducido a la ley española para el inmueble en España, provocando un fraccionamiento legal de la sucesión", destaca el TS. La unidad de la sucesión *mortis causa* constituye una idea importante que aparece ya de modo muy claro en la más que centenaria STS 14 diciembre 1901: "es doctrina establecida por este Tribunal Supremo de acuerdo con los más equitativos principios del Derecho internacional, inspirados en la conveniencia de la unidad de la sucesión ...."<sup>35</sup>. El TS, pues, se reencuentra a sí mismo. Esta idea límite del reenvío de retorno fundada en la unidad legal de la sucesión ha sido seguida con escrupulosa devoción en España por numerosos tribunales inferiores<sup>36</sup>.

**27.** La unidad legal de la sucesión se refiere a la sucesión litigiosa, a la sucesión que llega a los tribunales. No alcanza necesariamente a toda la sucesión, como indica la citada SAP Málaga 18 diciembre 1996 y como justamente ha mostrado M. VIRGÓS SORIANO<sup>37</sup>.

**28.** La unidad legal de la sucesión constituye un valor muy extendido también en sistemas sucesorios de otros países. Así, por ejemplo, en Francia la jurisprudencia ha señalado que el reenvío debe admitirse si, gracias a su intervención, se alcanza la "unidad legal de la sucesión" (Sent. Cass. Francia 11 febrero 2009, *García de Acunia* [sucesión de mujer española cuyo último domicilio se encontraba

<sup>35</sup> STS 14 diciembre 1901, *J.C.*, vol.92, pp. 619-622, n. 143.

<sup>36</sup> SAP Málaga 6 junio 2016 [ECLI:ES:APMA:2016:1429] [testamento y Derecho inglés]; SAP Madrid 10 septiembre 2012 [ECLI:ES:APM:2012:14805] [causante californiano e inexistencia de reenvío]; SAP Alicante 28 mayo 2012 [ECLI:ES:APA:2012:1780] [sucesión testamentaria de causante inglés, bienes inmuebles sitios en España, *domicile* del causante en España y reenvío de retorno], SJPI n.5 Cartagena 13 abril 2011 y SAP Murcia 30 noviembre 2011 [ECLI:ES:APMU:2011:2683] [reenvío de primer grado del Derecho inglés al Derecho español, todos los bienes inmuebles sitios en España y *domicile* en España del causante]; AAP Barcelona 31 marzo 2010 [ECLI:ES:APB:2010:1758A] [sucesión de causante francesa y bienes inmuebles sitios en España]; SAP Málaga 18 diciembre 1996 [*Aranzadi Civil*, n. 2441] [reenvío de la Ley inglesa a la española]; SAP Málaga 13 marzo 2002 [ECLI:ES:APMA:2002:1121]; SAP Alicante 7 junio 2001 [ECLI:ES:APA:2001:2693] [se rechaza el reenvío de la Ley inglesa a la española porque provocaba un fraccionamiento legal de la sucesión, ya que existían bienes sucesorios litigiosos en Inglaterra y en España]; SAP Alicante 10 marzo 2003 [ECLI:ES:APA:2003:996]; SAP Badajoz 11 julio 1995 [*Aranzadi Civil*, n. 1395]; SAP Tarragona 13 mayo 2004 [ECLI:ES:APT:2004:789]; AP Granada 19 julio 2004 [ECLI:ES:APGR:2004:1795].

<sup>37</sup> M. VIRGÓS SORIANO, "Derecho de sucesiones y reenvío: la respuesta del sistema español", *Anales de las Academia Matritense del Notariado*, n. 42, 2004, pp. 181-210.

en Francia y con bienes inmuebles en España: el reenvío se justifica si permite alcanzar la unidad legal de la sucesión], Sent. Cass. Francia 21 marzo 2000, *Ballestrero*; Sent. Cass. Francia 20 junio 2006, *Wildenstein*)<sup>38</sup>. Esta línea interpretativa sobre el reenvío resulta muy interesante, pues antes del Reglamento sucesorio europeo, en Francia la sucesión mobiliaria se regía por la *Lex Domicilii*, mientras que la sucesión inmobiliaria se sujetaba a la *Lex Rei Sitae*. El reenvío, dice la *Cour de Cassation* francesa, permite superar las deficiencias de esta construcción legal escisionista, –típicamente francesa–, y facilita la solución jurídica de la sucesión al hacer aplicable una sola Ley a la sucesión del causante.

## B) Los índices positivos de reenvío: una mejor localización

29. Los casos en los que el reenvío resulta útil y conveniente porque “mejora” y “perfecciona” la solución general contenida en el art. 9.8 CC son aquéllos en los que se respeta la unidad y universalidad de la sucesión, –la sucesión queda sometida a una sola Ley estatal–, y además, está presente algún “índice positivo de reenvío”, es decir, algún elemento que prueba que el reenvío es útil, en el caso concreto, para producir resultados justos. Es suficiente que concurra un solo elemento positivo de reenvío, una ventaja material derivada del reenvío (STS 12 enero 2015 [testamento otorgado por nacional británico y bien inmueble sito en España: reenvío])<sup>39</sup>. Tales “índices positivos de reenvío” son variados.

Así, el reenvío, aclara el TS, puede emplearse para resolver un “falso conflicto de Leyes”. En efecto, subraya la Sala Primera del TS que si el Derecho sucesorio material extranjero y el Derecho sucesorio material español se inspiran en los mismos principios generales, el reenvío es aconsejable. En tal caso, realmente, apunta el TS, es indiferente, desde un punto de vista práctico, aplicar Derecho extranjero o Derecho material español (STS 15 noviembre 1996, STS 21 mayo 1999, SAP Málaga 13 marzo 2002, SAP Alicante 10 marzo 2003)<sup>40</sup>. No aparece este índice por ninguna parte en la STS 15 enero 2019. En realidad, aunque el TS ha aludido varias veces a este índice favorable al reenvío, nunca ha resuelto un caso con arreglo al mismo, esto es, nunca ha aceptado un reenvío en favor del Derecho material español para solventar un “falso conflicto de leyes”. Así que en shakesperianas palabras puede decirse que “*Much ado about nothing*”.

En segundo término, se ha destacado también que el reenvío puede servir para fomentar la “armonía internacional de soluciones”. El reenvío podría resultar adecuado si consigue que la Ley aplicable a la sucesión sea la misma Ley estatal, ya conozca del caso un tribunal español o un tribunal del Estado a cuya Ley remite el art. 9.8 CC. Es el famoso y clásico ya “reenvío-coordinación”, defendido por H. BATIFFOL<sup>41</sup>. Una modalidad de reenvío y una explicación al mismo que consigue “alineal” los puntos de conexión diferentes de los distintos Estados en relación con una misma institución jurídica, explica S. VRELLIS<sup>42</sup>. Sin embargo, esta circunstancia positiva de reenvío presenta también ciertas consecuencias negativas. Debe arrancarse de una idea prístina: el legislador español no ha diseñado el reenvío como un mecanismo para alcanzar la célebre y savigniana “armonía internacional de soluciones”. Si ése hubiera sido su propósito, el reenvío de segundo grado tendría cabida en el Derecho internacional privado español. Y no es así. Esta variante de reenvío está radicalmente prohibida por el art. 12.2 CC. Así lo indican P. JIMÉNEZ BLANCO y E. RODRÍGUEZ PINEAU<sup>43</sup>. El TS ha guardado escrupuloso silencio sobre esta armonía internacional de so-

<sup>38</sup> Vid. Sentencia Cour de Cassation Francia 11 febrero 2009, *García de Acunia* [sucesión de mujer española], *Revue critique de droit international privé*, 2009 p. 512; sentencia Cour de Cassation Francia 21 marzo 2000, *Ballestrero*, *Bulletin*, 2000, I n. 96 p. 64 y *RCDIP*, 2000, p. 399 con nota de B. ANCEL, así como en *JDI Clunet*, 2001, p. 505, nota de M. REVILLARD; sentencia Cour de Cassation Francia 20 junio 2006, *Wildenstein Bulletin civ.* I, n. 321; *JDI Clunet*, 2007, p. 125, y nota de H. GAUDEMET-TALLON; *RCDIP*, 2007, p. 383, con nota de B. ANCEL.

<sup>39</sup> STS 12 enero 2015 [nacional británico y reenvío] [ECLI:ES:TS:2015:422].

<sup>40</sup> STS 15 noviembre 1996, *Lowenthal* [Ley de Maryland] [ECLI:ES:TS:1996:6401] [*REDI*, 1997, pp. 265-268] y [R.8212]; STS 21 mayo 1999, *Denney* [Ley inglesa sin legítimas] [ECLI: ES:TS:1999:3532] [R.4580]; SAP Málaga 13 marzo 2002 [ECLI:ES:APMA:2002:1121]; SAP Alicante 10 marzo 2003 [ECLI:ES:APA:2003:996].

<sup>41</sup> H. BATIFFOL, “Le pluralisme de méthodes en droit international privé”, *RCADI*, 1973, vol.139, pp. 75-148, concr. pp. 142-145; M. BAZEX Y OTROS, *L'application extraterritoriale du droit économique*, París, Montchrestien, 1987; H. BATIFFOL, “Réflexions sur la coordination des systèmes nationaux”, *RCADI*, 1967, vol.120, pp. 169-190.

<sup>42</sup> 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. 201-208.

<sup>43</sup> P. JIMÉNEZ BLANCO, “Nota a STS 23 septiembre 2002”, *REDI*, 2003, pp. 42424-435; E. RODRÍGUEZ PINEAU, “Nota a STS

luciones conflictuales como elemento para aceptar un posible reenvío en favor del Derecho español en el sector de la sucesión *mortis causa*. Como se ha indicado antes, para el TS, sólo es relevante la armonía internacional de soluciones entendida en un sentido “material” propio de los falsos conflictos de leyes. La STS 15 enero 2019 no alude a la armonía internacional de soluciones en ningún momento.

En tercer lugar, se ha hablado también de un reenvío “materialmente orientado”. Algunos autores indican que el reenvío podría ser aceptable y hasta positivo si conduce a resultados ajustados en materia sucesoria que mejoran, desde un punto de vista sustantivo, lo que indica la Ley sucesoria extranjera. No obstante, Sin embargo, este índice positivo de reenvío es criticable. Si la Ley extranjera que rige la sucesión *mortis causa* presenta un contenido inaceptable para el Estado cuyos tribunales conocen del asunto, debe entonces emplearse la excepción de “orden público internacional” para impedir la aplicación de la Ley extranjera en España. En tal caso el reenvío no es ya necesario, expone de nuevo con acierto P. JIMÉNEZ BLANCO<sup>44</sup>. Silencio total guarda la STS 15 enero 2019 sobre este presunto índice positivo de reenvío.

**30.** Ahora bien, el índice positivo de reenvío, lo que hace aconsejable admitir el reenvío es, por excelencia, el “ajuste de la localización”, la perfección de la localización que realiza la norma de conflicto, la sublimación de la localización. El éxtasis del método de F.K. VON SAVIGNY. El art. 9.8 CC puede, en ocasiones, conducir a la aplicación de la Ley nacional del causante cuando, en realidad, el supuesto está más fuertemente vinculado con España que con el país cuya nacionalidad ostenta el causante. Así, en el presente supuesto, aplicar Derecho sucesorio inglés a la sucesión *mortis causa* de un ciudadano inglés que lleva viviendo de manera permanente en España más de veinticinco años, que tiene todos sus bienes muebles e inmuebles en España y cuya familia, potenciales herederos, reside también en España, es una solución desacertada, equivocada, imprevisible y por tanto, injusta desde el punto de vista del Derecho internacional privado. La norma de conflicto apunta, en este caso, de manera incorrecta, su localización no es adecuada. El Derecho inglés no debe regir el caso. La última nacionalidad del causante, en estos supuestos, constituye un criterio de conexión que queda “privado de su justificación interna”, escribe C. CAMPIGLIO<sup>45</sup>. en esta línea, advierte E. BENDELAC, la nacionalidad del causante, con extrema frecuencia, ha dejado de ser un punto de conexión adecuado para designar la ley aplicable a las sucesiones pluri-localizadas también porque el causante no litiga: litigan los posibles herederos y la mayor vinculación debería concretarse con atención especial a tales sujetos<sup>46</sup>.

**31.** Y en eso llegó el reenvío. En efecto, en presencia de estos casos complejos en los que el punto de conexión no opera con arreglo a lo que de él se espera, el reenvío puede operar para reajustar y perfeccionar la localización y hacer así aplicable a la sucesión la Ley del país más conectado con el supuesto fáctico, que es la Ley española, como observa A.-L. CALVO CARAVACA<sup>47</sup>. El Tribunal Supremo ha aceptado expresamente este índice positivo de reenvío en esta STS 15 enero 2019. Oportuno resulta recordar sus palabras literales: “*en el presente caso, en virtud del reenvío previsto en el art. 12.2 CC, es de aplicación a toda la sucesión la ley española, con la que además la sucesión guarda una conexión más estrecha que con la derivada de la nacionalidad del causante, dado que el mismo residía en España, donde falleció, y donde se encuentran los bienes del caudal hereditario y las personas llamadas a*

15 noviembre 1996”, *REDI*, 1997, pp. 264-268; E. RODRÍGUEZ PINEAU, “Nota a STS 21 mayo 1999”, *REDI*, 1999, pp. 7576-760.

<sup>44</sup> P. JIMÉNEZ BLANCO, “Nota a STS 23 septiembre 2002”, *REDI*, 2003, pp. 42424-435.

<sup>45</sup> C. CAMPIGLIO, “Versatilità e ambiguità del meccanismo del rinvio”, *RDIPP*, 2010, pp. 367-382.

<sup>46</sup> E. BENDELAC, “Nota a Sent. Cass Ire civ. 27 septiembre 2017 (jurisData 2017-018698), *JDI Clunet*, 2018,-2, pp. 113-124: “*alors même que les défunts n’avaient plus de lien direct, à l’exception de leur nationalité avec la France la loi française aurait été applicable à leur succession (...) la nationalité n’étant plus un critère de rattachement pertinent en droit international privé français et la liquidation d’une succession étant rattachée au défunt et non à ses héritiers, la proximité ne pourrait être appréciée en regard des héritiers*”. También D. MARTINY, “Internationale Zuständigkeit und gewöhnlicher Aufenthalt des verstorbenen Grenzpendlers”, *IPRax*, 2018-1, pp. 1-11.

<sup>47</sup> A.-L. CALVO CARAVACA, “Sucesión hereditaria”, en J.D. GONZÁLEZ CAMPOS Y OTROS, *Derecho internacional privado parte especial*, 1995, pp. 393-422; A.-L. CALVO CARAVACA, “Art. 9.8 Cc.”, en AA.VV, *Comentarios al Código Civil y a las Compilaciones forales*, dirigidos por M. ALBALADEJO Y S. DÍAZ ALABART, tomo I, vol.II, 2ª ed., Ed.Revista de Derecho privado / Edersa, Madrid, 1995, pp. 350-391.

la sucesión". Este índice de "más estrecha localización" ya fue empleado por el TS en la STS 23 septiembre 2002, y se ha referido al mismo también en la STS 15 noviembre 1996. Ahora su utilización es clarísima: el reenvío permite localizar mejor la situación privada internacional en el país más estrechamente conectado con la sucesión. En definitiva, el TS viene a expresar que el art. 9.8 CC muestra buenas intenciones, pero a veces, comete errores. El precepto localiza la sucesión *mortis causa* en Inglaterra y ordena la aplicación del Derecho inglés, lo que seguramente es una solución correcta con frecuencia, pero no en este caso. En el presente supuesto, es más justa la aplicación del Derecho sucesorio español: como antes se ha indicado, se trata de la sucesión *mortis causa* de un ciudadano inglés que lleva viviendo de manera permanente en España más de veinticinco años, que tiene todos sus bienes muebles e inmuebles en España y cuya familia, potenciales herederos, reside también en España. La norma de conflicto española, el art. 9.8 CC, yerra el tiro, apunta, en este caso, de manera incorrecta, localiza erróneamente. Nadie es perfecto, y el art. 9.8 CC tampoco lo es. El reenvío opera en el caso concreto, corrige la localización caso por caso, supuesto por supuesto. Destila, así, una Justicia más cercana a los particulares implicados en el litigio. La norma de conflicto es general, tiende a la abstracción, pero el reenvío actúa en el caso específico. Es el equilibrio perfecto, la ponderación jurídica ideal para el arte de la localización en Derecho internacional privado.

**32.** Para escapar de esta localización legal rígida efectuada por el art. 9.8 CC, el reenvío se muestra como un mecanismo que introduce flexibilidad en el sistema español de Derecho internacional privado. El reenvío permite que un sistema de normas de conflicto rígidas pueda respirar en casos particularmente complicados, idea ésta recurrente en la doctrina más evolucionada, libre de prejuicios anti-reenvío<sup>48</sup>.

**33.** En ciertas ocasiones, la jurisprudencia ha aceptado el reenvío de retorno y aunque la situación legal estaba claramente más vinculada con España que con el país de la nacionalidad del causante, lo ha hecho, también, con la oscura y secreta intención de aplicar el sistema de legítimas del Código Civil español a herederos que, con frecuencia, ostentan la nacionalidad española. Esta circunstancia, es decir, la protección de las legítimas del "heredero español", carece de todo soporte jurídico (SAP Alicante 28 mayo 2012 [sucesión testamentaria de causante inglés, bienes inmuebles sitios en España, *domicile* del causante en España y reenvío de retorno])<sup>49</sup>. Pues bien, no es el caso de esta STS 15 enero 2019, que razona correctamente con argumentos estrictamente conflictuales y sólo indica que debe aplicarse el Derecho español a través del art. 12.2 CC porque la sucesión "*guarda [con la Ley española] una conexión más estrecha que con la derivada de la nacionalidad del causante, dado que el mismo residía en España, donde falleció, y donde se encuentran los bienes del caudal hereditario y las personas llamadas a la sucesión*".

### C) Irrelevancia de la voluntad del testador

**34.** Como explican A.-L. CALVO CARAVACA / J. CARRASCOSA GONZÁLEZ, existe una corriente doctrinal que ha enfatizado la imposibilidad de activar el reenvío no puede ser utilizado en el caso de sucesión testada si el testamento es válido con arreglo a la Ley nacional del causante, pero nulo, total o parcialmente, con arreglo a la Ley material española<sup>50</sup>. La fundamentación de esta tesis radica en que el arte de la localización propio de la norma de conflicto en el sector sucesorio debe respetar la voluntad del testador. Si éste ha decidido que desea que su sucesión quede sujeta a su Ley nacional, ello representa un

<sup>48</sup> P. RÉMY-CORLAY, "Mise en oeuvre et régime procédural de la clause d'exception dans les conflits de lois", *RCDIP*, 2003, pp. 37-76; C. CAMPIGLIO, "Versatilità e ambiguità del meccanismo del rinvio", *RDIPP*, 2010, pp. 367-382; A.-L. CALVO CARAVACA / J. CARRASCOSA GONZÁLEZ, "Sucesión internacional y reenvío", *Estudios de Deusto*, vol. 55/2, Julio-Diciembre 2007, pp. 59-121.

<sup>49</sup> SAP Alicante 28 mayo 2012 [ECLI:ES:APA:2012:1780] [sucesión testamentaria de causante inglés, bienes inmuebles sitios en España, *domicile* del causante en España y reenvío de retorno].

<sup>50</sup> A.-L. CALVO CARAVACA / J. CARRASCOSA GONZÁLEZ, "Sucesión internacional y reenvío", *Estudios de Deusto*, vol. 55/2, Julio-Diciembre 2007, pp. 59-121. También J. CARRASCOSA GONZÁLEZ, "Comentario a los art. 8 a 12 CC", en *Jurisprudencia civil comentada. Código Civil*, (Dir. M. PASQUAU LIAÑO), Ed. Comares, Granada, 2ª ed., 2009, pp. 217-299.

valor que debe ser protegido y que debe actuar como un límite de hierro al reenvío<sup>51</sup>. La tesis es clara: según estos autores, cuando el testador ha redactado su última voluntad con arreglo al Derecho sustantivo del país de su última nacionalidad, el reenvío es imposible, porque hay que respetar esa "voluntad conflictual" del testador, su deseo de que, en el caso comentado, su sucesión *mortis causa* quede sujeta al Derecho inglés y no al Derecho español que podría resultar aplicable en virtud del reenvío de retorno. Sin embargo, frente a ello, contundente, convincente, decisivo, terminante, irrefutable y categórico se muestra el TS. Esta tesis que hace prevalecer la voluntad del causante sobre el reenvío de retorno debe ser rechazada, y ello, sostiene el TS, por distintos motivos.

**35.** En primer término, la tesis arranca de un entendimiento poco exacto del art. 9.8 CC. En la teleología del precepto, en su estructura axiológica y su presentación literal, la voluntad del causante es y debe ser irrelevante. El legislador indica que la sucesión *mortis causa* queda sujeta a La Ley de la última nacionalidad del causante para asegurar las posiciones jurídicas de la familia de éste y para que los nacionales sigan sujetos a la Ley de su país en lo que se refiere a su sucesión hereditaria. Por esta razón, las demás circunstancias de la sucesión son irrelevantes para fijar cuál es la Ley aplicable a la misma. No importa el país donde están situados los bienes de la herencia, ni importa la naturaleza de los mismos. En el art. 9.8 CC, carece de significación conflictual la nacionalidad, residencia habitual y demás particularidades de los herederos y/o familiares del causante. Tampoco es relevante la residencia habitual del causante. Pues bien, también es irrelevante la voluntad conflictual del causante en la estructura del art. 9.8 CC. Otorgar peso conflictual y relevancia a dicha voluntad resulta contrario a los objetivos del precepto. No hay espacio ni debe ni puede haberlo para la voluntad del causante a la hora de precisar la Ley estatal que regula su sucesión *mortis causa*. Por muchas vueltas que se le dé, en el art. 9.8 CC la voluntad del testador no juega papel alguno. Lo contrario es confundir los deseos con la realidad. Querer bañar los arts. 9.8 CC y 12.2 CC con la pátina de la elección de Ley sucesoria por parte del causante para, en definitiva, negar el reenvío de retorno, constituye, además, un preocupante error de técnica jurídica y de hermenéutica legal. En efecto, la *professio juris* es un elemento fundamental del sistema de Derecho internacional privado sucesorio europeo (art. 22 RES) pero no del sistema de Derecho internacional privado español. Una confusión de tal envergadura tergiversa la voluntad del legislador español y confunde a los particulares y a los juristas en general.

**36.** En segundo lugar, el hecho de que la sucesión sea testada o intestada y/o de que el testador haya indicado que desea que su sucesión *mortis causa* quede sometida a su Ley nacional no influye en la aceptación o rechazo del reenvío ni tampoco en la precisión de cuál es la *Lex Successionis*. En efecto, el punto de conexión empleado por el art. 9.8 CC no es la "autonomía de la voluntad conflictual" del causante. Por tanto, éste no puede elegir la Ley que rige su sucesión. Así lo ha indicado, con toda corrección la SAP Madrid 10 septiembre 2012 [causante californiano e inexistencia del reenvío] y todavía mejor lo ha enfatizado esta STS 15 enero 2019<sup>52</sup>. La aplicación de la Ley nacional del causante a su sucesión *mortis causa* deriva directa e imperativamente de la Ley (art. 9.8 CC) y no de la voluntad del causante. De modo expreso, el TS ya había puesto de relieve que el reenvío previsto en el art. 12.2 CC debe ser observado en casos de sucesión testada, esto es, aunque exista un testamento válido ajustado a las disposiciones materiales de la última Ley nacional del causante (STS 23 septiembre 2002, *François Marie James W.*, citada). El hecho de que un causante indique que quiere testar con arreglo a su Ley nacional es totalmente irrelevante en el contexto del art. 9.8 CC. Este precepto no otorga relieve alguno a la autonomía de la voluntad conflictual del causante porque ello sería operar contra la estructura valorativa del precepto. Ésta se construye sobre la proposición "aplicación de la Ley nacional del causante

<sup>51</sup> En tal sentido, *vid.* M. VIRGÓS SORIANO, "Derecho de sucesiones y reenvío: la respuesta del sistema español", *Anales de las Academia Matritense del Notariado*, n. 42, 2004, pp. 181-210; E. RODRÍGUEZ PINEAU, "Nota a STS 15 noviembre 1996", *REDI*, 1997, pp. 264-268; E. RODRÍGUEZ PINEAU, "Nota a STS 21 mayo 1999", *REDI*, 1999, pp. 7576-760; M. VIRGÓS SORIANO / E. RODRÍGUEZ PINEAU, "Succession Law and Renvoi: the Spanish Solution", *Festschrift Erik Jayme*, vol. I, Munich, 2004, pp. 977-992; A. PÉREZ VOITURIEZ, "El reenvío en el Derecho internacional privado español: una interpretación actualizada", *Revista Jurídica del Notariado*, núm.13, enero-marzo 1995, pp. 257-337.

<sup>52</sup> SAP Madrid 10 septiembre 2012 [ECLI:ES:APM:2012:14805] [causante californiano].

(art. 9.8 CC) salvo que la sucesión esté más conectada con España (art. 12.2 CC). Aquí puede leerse esta idea en las palabras textuales del TS: "*la tesis que presupone la existencia de una norma implícita conforme a la cual no procede el reenvío cuando el testador elige como ley aplicable su ley personal o hace testamento que sería válido conforme a la misma, ha venido siendo defendida entre nosotros por un sector doctrinal con apoyo en modelos de derecho comparado. Pero no es, sin embargo, la solución que ha venido manteniendo la doctrina de esta sala, a la que debemos estar por razones de seguridad jurídica, y que tenía su apoyo fundamental en un doble dato normativo: i) que el art. 9.8 CC no utiliza la autonomía de la voluntad como punto de conexión, de modo que no permite al causante elegir la ley que rige su sucesión (a diferencia de lo que sucede con el Reglamento 650/2012, en los términos de su art. 22); y ii) que el art. 12.2 CC no excluye el reenvío por el hecho de que el causante haya elegido la ley aplicable a su sucesión (a diferencia de lo que resulta de los arts. 34 y 22 del Reglamento 650/2012, de sucesiones)*" (STS 15 enero 2019).

Los autores que han defendido el relieve de la voluntad conflictual del causante se inventan, por tanto, una norma de conflicto que no existe. Una norma de conflicto "implícita", dice el TS, esto es, inexistente. El art. 9.8 CC ordena aplicar la Ley nacional (inglesa) del causante, pero si el caso está más vinculado con España y no se rompe la unidad legal de la sucesión *mortis causa*, el art. 12.2 CC reajusta la localización y la sucesión se regirá por la Ley sustantiva española. Los deseos del causante sobre cuál debe ser la Ley que rige su sucesión *mortis causa* no tienen cabida alguna en los arts. 9.8 CC y 12.2 CC.

**37.** En tercer lugar, señala el TS, y lleva toda la razón, que en el contexto del art. 12.2 CC, el reenvío es necesario y conveniente incluso en el caso de que el causante haya querido que su sucesión *mortis causa* quede regulada por su Ley nacional sustantiva. El causante no puede limitar lo que establece el art. 9.8 CC porque desvirtuaría la remisión a la Ley nacional del causante ni tampoco puede impedir el reenvío acogido por el art. 12.2 CC, porque impediría el objetivo del precepto, que es lograr la aplicación de la Ley del país más vinculado con la sucesión *mortis causa*, en particular, en el caso de extranjeros que residen en España desde hace años y tienen su patrimonio en España.

**38.** En cuarto lugar, como muy bien enfatiza el TS, frente al modelo español que, de modo imperativo, ata al causante con cadenas de oro a su Ley nacional, el modelo europeo sí le permite elegir su Ley nacional como marco normativo de su sucesión *mortis causa*. Lo que sucede es que este caso objeto de la STS 15 enero 2019 se regula por el Derecho internacional privado español (arts. 9.8 CC y 12.2 CC) y no por el Derecho internacional privado europeo. Confundir el marco normativo aplicable y/o de mezclar los propósitos de un escenario legal con la letra de otro escenario jurídico diferente es garantía de llegar a una solución jurídica equivocada.

## VI. Reflexiones finales

**39.** El reenvío haya sido acusado, desde hace más de cien años, de ser un frío mecanismo automático, insensible a los resultados materiales a los que conduce. En tal sentido, el reenvío tiene y siempre ha tenido mala reputación. La doctrina lo ha criticado de modo inmisericorde. Se ha considerado, en suma, que se trata de un artificio inventado para solventar conflictos negativos de soberanías legislativas, para asegurar al fisco herencias disputadas, para complicar la vida a abogados, jueces, particulares y estudiantes de Derecho, y para otros más inconfesables propósitos. Que es un barroco artificio legal digno de la más rancia jurisprudencia de conceptos. En especial, se ha considerado que el reenvío atenta contra la seguridad jurídica de ordenación que debe proporcionar la norma de conflicto, pues hace imprevisible la determinación del Derecho aplicable<sup>53</sup>.

<sup>53</sup> Buenos ejemplos pueden hallarse en P.M. PATOCCHI, *Regles de rattachement localisatrices et regles de rattachement a caractere substantiel (De quelques aspects récents de la diversification de la méthode conflictuelle en Europe)*, Ginebra, Georg, 1985, pp. 284 ss.; P. RODRÍGUEZ MATEOS, "Una perspectiva funcional del método de atribución", *REDI*, 1988, vol.XL, 1988, pp. 79-126, esp. p. 100; C.H. PETERSON, "Private International Law at the End of the Twentieth Century: Progress or Regress?", *AJCL*, 46, 1998, pp. 197-227, esp. 219-221; B. AUDIT, "Le caractère fonctionnel de la règle de conflit (Sur la "crise" des conflits

40. Pues bien, resulta curioso que continúen esas críticas en el umbral de la tercera década del siglo XXI porque cuando el reenvío ha sido moldeado, refinado y sofisticado por el Tribunal Supremo para servir a propósitos justos, la crítica ha continuado e incluso se ha intensificado. En efecto, cuando las normas de conflicto se quedan “antiguas” es porque siguen empleando puntos de conexión que, con frecuencia, conducen a la aplicación de la Ley de un país sin una vinculación significativa con el supuesto a regular. En particular, este fenómeno se percibe en relación con normas de conflicto de vieja factura construidas sobre el principio de soberanía, lejana herencia de un pasado medieval. Frente a estas normas de conflicto antiguas, que remiten a la Ley de un país que no es el más vinculado con la situación privada internacional, resurge, cual ave fénix, el reenvío. Éste puede ser entendido, y así lo ha hecho el Tribunal Supremo desde 1996 al presente, en palabras de D. GUTMANN, como un dispositivo para redirigir la localización hacia el país con el que el supuesto, en este caso, la sucesión *mortis causa*, presenta su vinculación más estrecha<sup>54</sup>. En definitiva, puede decirse, con P. COURBÉ que “*el reenvío es un mecanismo al servicio de los conflictos de Leyes del siglo XXI que sirve para corregir los defectos de ciertas normas de conflicto elaboradas en la Edad Media*”<sup>55</sup>.

41. Por tanto, paradojas de la vida, si es correctamente entendido y aplicado, si es considerado de modo selectivo para los casos más complicados en los que el punto de conexión ha perdido potencia localizadora, tal y como hace el Tribunal Supremo en esta STS 15 enero 2019, el reenvío opera como una válvula flexible que permite la entrada de aire nuevo en el sistema español de normas de conflicto. De ese modo, tales normas dejan de ser frías reglas rígidas, axiomáticas y tensas. Así, el reenvío, justo es admitirlo, flexibiliza el art. 9.8 CC y permite al tribunal español apartarse de la Ley nacional del causante (Ley inglesa) para dar aplicación a la Ley española (Ley del país donde el causante tiene su *domicile*, su residencia habitual y todo su patrimonio mueble e inmueble y donde habitan todos los posibles herederos).

42. El reenvío, de este modo, está inspirado por una inequívoca lógica y lectura económica, pues evita que una sucesión *mortis causa* quede sometida a un Derecho de imprevisible aplicación para los particulares implicados, un Derecho que les comportaría elevados costes de información e implementación, anota M. PFEIFFER<sup>56</sup>. Antes al contrario, como ha escrito I. LORENTE MARTÍNEZ, el reenvío permite introducir una intensa dosis de eficiencia económica en la precisión de la Ley aplicable a la sucesión *mortis causa* en el sistema español<sup>57</sup>. Así, el reenvío hace girar al sistema hacia la aplicación de la Ley del país más estrechamente conectado con el supuesto. Se protege, así, gracias al reenvío de primer grado, la aplicación del Derecho del país que se ve mayormente afectado por la sucesión *mortis causa* en cuestión. La doctrina de los efectos resurge aquí también como ejercicio de realismo conflictual, hace notar J.R. REIDENBERG<sup>58</sup>. Con otras palabras: el reenvío selectivo y neo - localizador que practica el Tribunal Supremo hace que las normas de conflicto localicen con Justicia la situación privada internacional en un concreto ordenamiento jurídico y que comporten costes jurídicos más reducidos a los litigantes.

43. El buen jurista se pregunta por qué continúan las críticas contra el reenvío e incluso porque éstas arrecian ahora que el reenvío puede flexibilizar el sistema y ayudar, de modo selectivo, -esto es, sólo reservado a casos muy complejos en los que se observa una crisis interna de la conexión-, a una mejor localización normativa de la sucesión *mortis causa*. Pues bien, la respuesta está en dos elementos. En primer lugar, en la Dogmática, y en segundo lugar, en el fundamentalismo jurídico.

---

de lois)”, *RCADI*, 1984, vol.186, 1984, pp. 219-398, esp. pp. 326-342; P. LAGARDE, “Les principes du droit international privé hier, aujourd’hui et demain”, en *Principios, objetivos y métodos del DIPr. Balance y perspectivas de una década. IV jornadas DIPr.*, Madrid, CESSJ R.Carande, 1995, pp. 17-33, p. 24.

<sup>54</sup> D. GUTMANN, *Droit international privé*. 6<sup>ª</sup> ed., Dalloz, Paris, 2009, pp. 75-84.

<sup>55</sup> P. COURBÉ, *Droit international privé*, Colin-Dalloz, Paris, 2007, pp. 79-86.

<sup>56</sup> “Legal certainty and predictability in international succession law”, *Journal of Private International Law*, vol. 12, 2016, pp. 566-586.

<sup>57</sup> I. LORENTE MARTÍNEZ, “La sentencia del Tribunal Supremo de 12 de enero de 2015. Derecho Sucesorio Internacional y lectura económica del reenvío”, *CDT*, 2015, pp. 466-475.

<sup>58</sup> 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>.



44. Por lo que se refiere al primer elemento, debe afirmarse que los juristas excesivamente vinculados a la dogmática jurídica tradicional sienten temor ante los expedientes que flexibilizan el sistema legal. Se sienten perdidos. Temen estos mecanismos porque son dúctiles, elásticos y cimbreantes. No les gusta el reenvío selectivo y neo localizador, como tampoco les gusta el *Forum Non Conveniens*, las cláusulas de excepción y las cláusulas de escape. Todos estos expedientes, y muy en particular el reenvío selectivo neo-localizador requieren una carga argumentativa elevada, muy elaborada, menos matemática y más valorativa. Exigen un esfuerzo jurídico refinado, exquisito, elegante y sofisticado. Claro que es más sencillo dejar que toda sucesión *mortis causa* quede sujeta a la Ley nacional del causante y cortar así, de raíz, todo reenvío a través de un sistema al que G. KEGEL denominaría "la máquina de los conflictos de leyes"<sup>59</sup>. Es más sencillo para el juez y para el operador jurídico en general, porque las matemáticas no son una opinión. Pero también es injusto. Y no se trata de disponer de un sistema de Derecho internacional privado sencillo, axiomático y de funcionamiento maquinal, sino de dar vida a un sistema de Derecho internacional que conduzca a resultados justos. A los juristas dogmáticos, el nuevo reenvío selectivo y localizador les produce miedo.

45. Por lo que respecta al segundo elemento, el fundamentalismo anti-reenvío, es preciso recordar que las críticas contra el reenvío constituyen siempre reproches airados, exagerados, desproporcionados, implacables, vehementes y agresivos. Son críticas fundamentalistas, críticas poco meditadas que no ven nunca nada positivo en el reenvío. El fundamentalismo es, en palabras de A. GIDDENS, "tradicción acorralada", una tradición escondida, enroscada y enrocada en una verdad ritual<sup>60</sup>. Y eso es lo que se aprecia en los críticos que todo censuran del reenvío y que no aciertan a apreciar la belleza argumentativa y la Justicia que incorpora el reenvío selectivo neo localizador. Durante cien años, un nutrido grupo de juristas se ha alimentado de condenas y anatemas contra el reenvío: ésa es su tradición, ése es su ritual, repetir mantras impetuosos contra el reenvío. Los juristas anclados en la tradición no se atreven a aceptar que su tradición está equivocada, que el reenvío puede producir Justicia en la determinación del Derecho aplicable a la sucesión *mortis causa*, por ejemplo. Por eso se radicalizan aún mas. Llevan toda una vida, -o incluso más-, acumulando argumentos contra el reenvío pero no consiguen derrotarlo. Exultantes estaban al comprobar que el reenvío era sistemáticamente arrumbado, despreciado, negado y eliminado de los reglamentos europeos de Derecho internacional privado que han visto la luz durante el siglo XXI. Sin embargo, y precisamente en el campo de la sucesión *mortis causa*, estos juristas impávidos comprueban que el reenvío puede emplearse con objetivos justos, racionales y eficientes y que, por ello, ha sido acogido, en unos muy concretos límites, cierto es, por el art. 34 RES. Por tanto, puede afirmarse que, pese a los oscuros augurios que se han cernido sobre el reenvío desde tiempo inmemorial, éste ayuda a hacer Justicia en la solución de los conflictos de leyes. Ya sea para refinar la localización, -caso del art. 9.8 y 12.2 CC-, o ya sea para lograr la armonía internacional de soluciones conflictuales, -supuesto del art. 34 RES-. Aunque pueda parecer que el reenvío introduce una fuerte dosis de locura en el clásico, lineal y ortodoxo funcionamiento de una norma de conflicto tradicional como es el art. 9.8 CC, el reenvío puede decir lo que Polonio dijo a Hamlet, y es que "*existe un método en mi locura*" (Hamlet, Acto II, escena II: "*Though this be madness, yet there is method in 't*"). Aparentemente caótico, el reenvío tiene razones que la razón entiende y que permiten llegar a la Justicia en la solución de los conflictos de leyes.

<sup>59</sup> G. KEGEL, "The Conflict-of-Laws Machine - Zusammenhang im Allgemeinen Teil des IPR", *IPRax*, 1996, 5, pp. 309-315. Más elaborada la construcción y más completa en G. KEGEL, "The Crisis of Conflict of Laws", *RCADI*, 1964, vol.112, pp. 89-268 y en G. KEGEL, "Introduction to Private International Law", *IECL*, 1986; ID., "Fundamental Approaches", *IECL*, 1986.

<sup>60</sup> A. GIDDENS, *Un mundo desbocado. Los efectos de la globalización en nuestras vidas*, Taurus, México, D.F., A., 2001, p. 64.

# “TRAMPANTOJO” DE FOROS ANTE LOS PROFUSOS INCUMPLIMIENTOS LLEVADOS A CABO POR LA COMPAÑÍA RYANAIR EN VUELOS INTERNACIONALES

## “TRAMPANTOJO” FORUMS FOR THE NUMEROUS BREACHES CARRIED OUT BY RYANAIR IN INTERNATIONAL FLIGHTS

DAVID CARRIZO AGUADO

*Profesor Ayudante Doctor de Derecho internacional privado  
Universidad de León*

ORCID ID: 0000-0002-9427-287X

Recibido: 18.06.2019 / Aceptado: 05.07.2019

DOI: <https://doi.org/10.20318/cdt.2019.4974>

**Resumen:** Desde la perspectiva del proceso civil internacional no cabe duda que el interés básico de las partes es la previsibilidad. Ello se traduce en la necesidad de conocer de antemano, si surgieran las diferencias, ante qué jurisdicción sería preciso hacer valer los derechos. El Reglamento (UE) 1215/2012 parte de una organización estructurada de la competencia judicial internacional, distinguiéndose entre foros exclusivos, sumisión tácita o expresa, el foro del domicilio del demandado, los foros especiales por razón de la materia y los foros de protección. Esta estructura supone una asignación jerarquizada de la competencia judicial internacional entre los distintos Estados miembros. De esta suerte que, *prima facie* deben conocer los tribunales que vean asignada su competencia con alcance exclusivo y fuera de estos supuestos, los tribunales pueden entrar a conocer a través de acuerdos atributivos de competencia, bien tácita o expresa, o, en su defecto coincidan, bien con el lugar del domicilio del demandado, bien con alguno de los foros especiales por razón de la materia. En el presente estudio se examina un elenco determinado de foros de competencia judicial internacional que se derivan de un contrato de compraventa online de pasaje aéreo internacional con la compañía Ryanair a raíz del novedoso, y porque no decirlo, inaudito pronunciamiento del Tribunal de Luxemburgo de 11 de abril de 2019, asunto ZX.

**Palabras clave:** determinación de órgano jurisdiccional competente, prórroga tácita de competencia, explotación de sucursal, consumidor electrónico, indemnización por retraso aéreo.

**Abstract:** From the perspective of the international civil process, there is no doubt that the basic interest of the parties is predictability. This translates into the need to know beforehand, if differences arise, before which jurisdiction it would be necessary to assert rights. The Regulation (EU) 1215/2012 starts from a structured organization of the international judicial competence, distinguishing between exclusive forums, tacit or express submission, the forum of the domicile of the defendant, the special forums by reason of the matter and the forums of protection. This structure assumes a hierarchical allocation of international judicial competence between the different Member States. In this way, *prima facie* should know the courts that are assigned their competence with exclusive scope and outside these cases, the courts can come to know through agreements attributing jurisdiction, either tacit or express, or, failing that match, either with the place of domicile of the defendant, or with any of the special forums for reason of the matter. The present study examines a specific list of forums of international judicial competence that derive from an online purchase contract for international air tickets with the Ryanair

company as a result of the novel and, why not, unprecedented pronouncement by the Luxembourg Court of 11 April 2019, subject ZX.

**Keywords:** determination of competent jurisdictional body, unspoken extension of competence, branch operation, electronic consumer, compensation for air delay.

**Sumario:** I. Cuestión introductoria. 2. El foro de la sumisión tácita. A) Contextualización. B) Singularidades. C) Consecuencia jurídica. D) Ojo avizor si el demandado es parte débil en la relación contractual. 3. El foro de la explotación de sucursales, agencias o cualquier otro establecimiento. A) Fundamentación. B) Concepto y peculiaridades. C) La website de las multinacionales como lugar de comercialización de servicios. D) Importancia en la configuración del portal web. E) Régimen particular de los foros protectores hacia el consumidor. F) Pacto en la elección de tribunal. a. Presupuestos iniciales. b) Praxis habitual: la sumisión “on line”. 5. Observaciones finales.

## I. Cuestión introductoria

1. Es preciso iniciar estas líneas destacando que, más allá de un mero comentario jurisprudencial, en la presente contribución se ofrece al lector un prolijo análisis de tres foros de competencia que en la práctica procesal civil internacional son de vital importancia. A este respecto, se determinará en qué términos están regulados y los parámetros tenidos en consideración por el TJUE para su aplicación.

2. Como fuente de inspiración, la STJUE de 11 de abril de 2019, asunto C-464/18, ZX (EU: C:2019:311) marca la clave a seguir para asimilar el ritmo seguido por el Alto tribunal europeo ante el gran volumen de reclamaciones que se presentan con copiosa asiduidad frente a la compañía aérea “low cost” *Ryanair*<sup>1</sup>.

3. Antes de estudiar los fundamentos jurídicos y jurisprudenciales sobre los que se asientan los foros de la sumisión tácita, explotación de sucursal y el contrato concluido por consumidor, resulta necesario describir someramente la situación fáctica del asunto ZX. En cierto modo, para comprender la maniobra efectuada por el Tribunal de Luxemburgo, en lo que respecta a la demarcación de tribunal competente que resulta de un litigio derivado de una relación contractual entre un comprador –persona física sin ánimo comercial– y, una compañía multinacional aérea cuya sede social radica en Dublín –Irlanda–, se debe conocer la siguiente relación de hechos<sup>2</sup>.

4. Así pues, ZX –viajero con domicilio desconocido– realizó una compra vía online de un billete de avión operado por la compañía *Ryanair* consistente en un vuelo transfronterizo entre Oporto y

<sup>1</sup> La liberalización y desregulación del transporte aéreo ha traído consigo la apertura de rutas, la revitalización de aeropuertos secundarios y la irrupción de nuevas compañías. Las ventajas para el consumidor y para el sector del turismo son innegables, pero al mismo tiempo la competencia feroz ha producido numerosos efectos colaterales indeseados; a esta apreciación hay que añadir que, toda empresa aérea tiene una base de explotación, entendida como un conjunto de locales o de infraestructuras a partir de las cuales ejerce de forma estable, habitual y continua su actividad (*Vid. L. CARRILLO POZO, “Competencia judicial internacional en el trabajo aeronáutico. (Desarrollos a partir de la Sentencia del TJUE de 14 de septiembre de 2017)”*, *Nueva revista española de derecho del trabajo*, núm. 210, 2018, versión *on line*).

<sup>2</sup> Se presentaron tres cuestiones prejudiciales por el Juzgado de lo Mercantil nº 1 de Girona: 1. ¿El foro de la sumisión tácita previsto y regulado en el artículo 26 del Reglamento (UE) nº 1215/2012 exige, en todos sus aspectos, una interpretación autónoma y común para todos los Estados miembros y, por tanto, no puede estar condicionada por las limitaciones que establezcan las normas de competencia judicial interna de los Estados miembros? 2. ¿El foro de la sumisión tácita previsto y regulado en el artículo 26 del Reglamento nº 1215/2012 es una norma de competencia judicial internacional “pura”, determinando exclusivamente los tribunales de un Estado miembro pero correspondiendo al Derecho procesal del mismo concretar el tribunal territorialmente competente o, por el contrario, es una norma de competencia judicial tanto internacional como territorial? 3. ¿La consideración de un vuelo operado por una compañía aérea domiciliada en otro Estado miembro pero con salida o destino en un Estado miembro en el que tiene una sucursal que presta servicios auxiliares a la compañía y que a través de ella no se han comprado los billetes, puede ser, atendiendo a las circunstancias del caso, un supuesto de litigio relativo a la explotación de sucursales, agencias o cualesquiera otros establecimientos que justifique el criterio de conexión del foro del artículo 7.5) del Reglamento (UE) nº 1215/2012?

Barcelona. El demandante (ZX) formula una reclamación por ausencia de puntualidad horaria basada en una compensación dineraria según lo preceptuado por el art. 7 del Reglamento (CE) 261/2004<sup>3</sup>. Exactamente, reclamó una indemnización de doscientos cincuenta euros en concepto de compensación por el retraso del vuelo conforme a los parámetros enmarcados en el art. 6 Reglamento (CE) 261/2004<sup>4</sup>.

5. Si bien, el Reglamento (CE) 261/2004<sup>5</sup> no contiene reglas relativas a la competencia internacional de los tribunales de los Estados miembros, de modo que la cuestión de la determinación de la competencia judicial internacional debe examinarse a la luz del Reglamento (UE) 1215/2012<sup>6</sup>.

## II. El foro de la sumisión tácita

### A) Contextualización

6. Procede recordar que la primera frase del art. 26 Reglamento (UE) 1215/2012 establece la regla para determinar la competencia basada en la comparecencia del demandado<sup>7</sup>, aplicable a todos los litigios en los que la competencia del tribunal que conoce del asunto no resulte de otras disposiciones del propio Reglamento<sup>8</sup>. De este modo, como las reglas de competencia formuladas en la sección 7 del capítulo II del Reglamento (UE) 1215/2012 no son reglas de competencia exclusiva<sup>9</sup>, el juez al que se ha

<sup>3</sup> Reglamento (CE) n° 261/2004 del Parlamento Europeo y del Consejo, de 11 de febrero de 2004, por el que se establecen normas comunes sobre compensación y asistencia a los pasajeros aéreos en caso de denegación de embarque y de cancelación o gran retraso de los vuelos, y se deroga el Reglamento (CEE) n° 295/91 (DOUE n° 46, de 17 de febrero de 2004).

<sup>4</sup> Conviene matizar la distinción entre retraso y cancelación, pues para esta última situación, el Reglamento (CE) 261/2004 contempla el derecho a una compensación automática específica, mientras que para el retraso no. Ello puede llegar a cuestionar si en situaciones objetivamente similares los pasajeros sean tratados de forma diferente. Con todo, se plantea como consecuencia inmediata que el Reglamento puede originar el resultado de que sea posible denegar compensación automática a los pasajeros que han sufrido mayores molestias a la vez que pueda concederse ésta a quienes han sufrido menores molestias. La propia Comisión Europea, ha reconocido en variadas ocasiones que los perjuicios sufridos por los pasajeros son similares, esté su vuelo sujeto a un gran retraso o a cancelación. Por consiguiente, se podría esperar que las dos categorías de pasajeros fueran tratadas en idéntica forma, porque ambas necesitan y merecen protección por igual. Además, el operador puede ser, o no, responsable tanto por el gran retraso como por la cancelación. Sin embargo, la diferencia de trato conforme al Reglamento (CE) 261/2004 no está subordinada por la culpa del operador, sino que sólo depende de que lo sucedido se clasifique como retraso o cancelación (Vid. D. CARRIZO AGUADO, “«Delayed flight» el derecho de compensación económica resultante del vuelo internacional con escala en un tercer estado”, *Unión Europea Aranzadi*, n° 10, 2018, p. 82).

<sup>5</sup> Conviene tener en cuenta a la hora de abordar el estudio de esta norma que actualmente existe una Propuesta de reforma (Document 52013PC0130: <https://eur-lex.europa.eu/legal-content/ES/TXT/?uri=celex%3A52013PC0130>).

<sup>6</sup> 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 (DOUE L 351/1, de 20 de diciembre de 2012).

<sup>7</sup> En el reciente pronunciamiento el Alto Tribunal Europeo utiliza el término “personación del demandado” (Vid. STJUE de 13 de julio de 2017, asunto C-433/16, *Bayerische Motoren Werke* [EU:C:2017:550]). Algún comentario, entre otros, vid. L. IDOT, “Relations avec le règlement sur les dessins ou modèles communautaires”, *Europe*, n° 392, 2017, p. 48; C. NOURISSAT, “Concurrence et contrefaçon dans le cadre de la coopération judiciaire civile européenne”, *Procédures*, n° 10, 2017, p. 14.

<sup>8</sup> Este razonamiento se aplica tanto a los acuerdos atributivos de competencia a los tribunales de un Estado miembro como a los que la atribuyen a los tribunales de un Estado tercero, ya que la prórroga tácita de competencia del Reglamento (UE) 1215/2012 se basa en una elección deliberada de las partes del litigio relativa a dicha competencia (STJUE de 17 de marzo de 2016, asunto C-175/15, *Taser International* [EU:C:2016:176]). Una notable observación sobre la misma, vid. C. CHALAS, “Neutralisation de la clause attributive en faveur d'un État tiers par la comparution volontaire de l'article 24”, *Revue critique de droit international privé*, n° 4, 2016, pp. 684-691; I. LORENTE MARTÍNEZ, “Cláusula atributiva de competencia en favor de tribunales de terceros estados y sumisión tácita a favor de tribunales de un estado miembro: el dilema”, *Cuadernos de derecho transnacional*, vol. 9, n° 1, 2017, pp. 444-453.

<sup>9</sup> En la STJUE de 25 de febrero de 2010, asunto C-381/08, *Car Trim* (EU:C:2010:90), fundamento n° 22, se expone magníficamente el mecanismo de foros del Reglamento (UE) 1215/2012. En torno a dicho pronunciamiento, vid. M<sup>a</sup>.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, n° 1, 2011, pp. 263-269; 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*, n° 7392, 2010; P. FRANZINA, “Struttura e funzionamento del foro europeo della materia contrattuale alla luce delle sentenze Car Trim e Wood Floor della Corte di giustizia”, *Rivista di diritto internazionale privato e processuale*, vol. 46, n° 3, 2010, pp. 655-684.

sometido un litigio contraviniendo dichas reglas debe declararse competente en el caso de que el demandado comparezca y no proponga una excepción de incompetencia. Por tanto, toda prórroga a favor de la jurisdicción de los tribunales de un Estado implicaría paralelamente la derogación de la competencia judicial internacional de los de otro Estado, u otros Estados<sup>10</sup>.

7. Se ha puesto en duda si la comparecencia del demandado como criterio de atribución de competencia a los tribunales de un Estado miembro, actúa, en el art. 26, con independencia del domicilio del domicilio del demandado en un Estado miembro<sup>11</sup>. A tenor de una opinión extendida, la eficacia de este opera sólo con que las partes se sometan tácitamente a los tribunales de un Estado miembro, cualquiera que sea el domicilio del demandante o demandado<sup>12</sup>.

8. Así, como consecuencia de la presentación de la demanda por parte del actor en el proceso y la comparecencia del demandado ante ese tribunal, siempre y cuando no impugne la competencia judicial internacional<sup>13</sup>, se entenderá que existe sumisión tácita<sup>14</sup>. Es decir, la comparecencia del demandado puede considerarse una aceptación tácita de la competencia del tribunal ante el que se ha planteado el litigio y, por lo tanto, un supuesto de determinación de la competencia de dicho tribunal en virtud de la sumisión de las partes<sup>15</sup>. Esta prórroga tácita de competencia no resulta de la voluntad manifestada por las partes<sup>16</sup>, sino de la realización de determinados actos procesales: por el demandante, ejercitar una acción emplazando al demandado a un tribunal en principio no competente para conocer de un litigio, y, por el demandado, comparecer ante tal tribunal siempre que, *in limine litis*, no interpusiera excepción declinatoria de falta de competencia<sup>17</sup>.

## B) Singularidades

9. Esta prórroga tácita de competencia se basa en una elección deliberada de las partes del litigio relativa a dicha competencia, lo que presupone que el demandado tiene conocimiento del procedimiento

<sup>10</sup> Ello no siempre es así, de manera que la prorrogación y derogación no tienen por qué ir siempre unidos. Son posibles los acuerdos en los que se contenga de forma aislada bien una *prorogatio* bien una *derogatio fori* (Vid. F.F. GARAU SOBRINO, *Los acuerdos internacionales de elección de foro*, Colex, Madrid, 2008, p. 32).

<sup>11</sup> Pero cierto es también que el silencio sobre el ámbito de aplicación de este precepto ha dado pie a varias interpretaciones. Hubiera sido deseable que el art. 6 se pronunciase expresamente sobre el ámbito de aplicación del art. 26, dado que el silencio al respecto, cuando se amplían las excepciones a la regla general del domicilio del demandado con la incorporación de nuevos preceptos, puede suscitar dudas (Cfr. 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”, *Revista electrónica de estudios internacionales (REEI)*, núm. 28, 2014, p. 13).

<sup>12</sup> En suma, el art. 26 se aplicaría en todos los casos (Vid. al respecto, J.C. FERNÁNDEZ ROZAS y S. SÁNCHEZ LORENZO, *Derecho Internacional Privado*, 10ª ed., Thomson Reuters Aranzadi, Navarra, 2018, libro electrónico; A. LÓPEZ-TARRUELLA MARTÍNEZ, *Manual de Derecho Internacional Privado. Volumen I. Parte General*, Editorial Club Universitario, Alicante, 2015, p. 57).

<sup>13</sup> Si el demandado propone una excepción de incompetencia, expresando así su voluntad de no aceptar la competencia de dicho tribunal, la regla de la sumisión se viene abajo: STJUE de 27 de febrero de 2014, asunto C-1/13, *Cartier parfums-lunettes y Axa Corporate Solutions assurances* (EU:C:2014:109).

<sup>14</sup> La sumisión tácita determina la competencia judicial internacional a partir de un comportamiento procesal de las partes: presentación de la demanda por el actor y comparecencia y no impugnación de la competencia judicial internacional por el demandado. Son, por ello, requisitos necesarios que deben concurrir para apreciar la sumisión tácita: 1. La comparecencia del demandado. 2. Su falta de impugnación de la competencia judicial internacional (Vid. M. DOMINGO DE LA CRUZ, “Reflexiones sobre la sumisión tácita y expresa en el ámbito de la competencia judicial internacional”, *Justicia: revista de derecho procesal*, nº 2, 2012, p. 464).

<sup>15</sup> STJUE de 20 de mayo de 2010, asunto C-111/09, *ČPP Vienna Insurance Group* (EU:C:2010:290). Sobre la misma vid. S. MARINO, “La proroga tacita di giurisdizione nei contratti conclusi dalle parti deboli: la sentenza Bilas”, *Rivista di diritto internazionale privato e processuale*, vol. 46, nº 4, 2010, pp. 915-924; A. TEDOLDI, “La proroga tacita della giurisdizione nelle controversie contro assicurati, consumatori e lavoratori nel reg.UE n. 44/2001”, *Rivista di diritto processuale*, 2011 pp. 1255-1261.

<sup>16</sup> La sumisión tácita es una forma de atribución de la competencia que se deduce de ciertos comportamientos de las partes, sin que exista acuerdo expreso al respecto (Vid. R. PASCUAL SERRATS, “La competencia judicial internacional en el Reglamento (UE) 1215/2012” en V. PARDO IRANZO (dir.), *Competencia, reconocimiento y ejecución de resoluciones extranjeras en la Unión Europea*, Tirant lo Blanch, Valencia, 2016, p. 40).

<sup>17</sup> A. RODRÍGUEZ BENOT, *Los acuerdos atributivos de competencia judicial internacional en Derecho comunitario europeo*, Eurolex, Madrid, 1994, p. 42.

iniciado en su contra. En este escenario, la voluntad de sumisión del demandado es esencial<sup>18</sup>. La impugnación de la competencia del juez que conoce del asunto impide la prórroga cuando se permite que la parte demanda y el juez que conoce del asunto comprendan, ya desde la primera oposición, que esta tiene por finalidad obstaculizar dicha competencia. Así, sucede también en el caso en que el primer acto de oposición contenga, además de la impugnación de la competencia del juez al que se somete el asunto, pretensiones sobre el fondo del litigio. Conviene destacar que el hecho de que el demandado impugne sin ambigüedad, en su primer acto de oposición, la competencia del juez al que se ha sometido el asunto impide la prórroga de la competencia con independencia de que esa impugnación sea o no el único objeto de ese primer acto de oposición<sup>19</sup>.

**10.** No obstante, es obvio que para que exista la comparecencia del demandado es preciso que este tenga conocimiento veraz del procedimiento judicial iniciado. Vale decir, que es imprescindible que la demanda haya sido notificada al demandado y que este conozca el procedimiento entablado<sup>20</sup>.

**11.** En cambio, no cabe considerar que un demandado ausente al que no se ha notificado el escrito de demanda y, que ignora el procedimiento entablado en su contra acepta tácitamente la competencia del juez que conoce del asunto. Además, la parte demandada ausente que desconoce tanto el recurso interpuesto en su contra como la designación de un representante judicial por ausencia no puede proporcionar a dicho representante toda la información necesaria para evaluar la competencia internacional del órgano jurisdiccional que conoce del asunto y permitirle impugnar de manera efectiva tal competencia o aceptarla con conocimiento de causa. En estas circunstancias, tampoco puede considerarse que la comparecencia del referido representante judicial por ausencia equivalga a una aceptación tácita del demandado<sup>21</sup>.

**12.** En efecto, si el tribunal del Estado miembro donde se presenta la demanda carece de competencia sobre la base del domicilio del demandado o de los foros especiales, no puede justificar su competencia sobre el art. 26 Reglamento (UE) 1215/2012 amparándose en la sumisión tácita, derivada de un representante judicial nombrado con el desconocimiento del demandado, el cual no ha sido notificado de forma fehaciente<sup>22</sup>.

**13.** En cuanto a la impugnación de la competencia sólo puede tener el efecto si la parte demandante y el juez que conoce del asunto están en condiciones de comprender, desde el instante mismo en que el demandado formula su primer medio de defensa, que su finalidad es cuestionar la competencia del juez. En cualquier caso, la impugnación de la competencia, si no precede a la articulación de cualquier medio de defensa sobre el fondo, no puede ser posterior a la actuación procesal que el Derecho procesal

<sup>18</sup> Se puede asumir competencia judicial internacional por la mera comparecencia a no ser que su pesonación tenga por objeto presentar declinatoria (vid. J.M<sup>a</sup>. ESPINAR VICENTE y J.I. PAREDES PÉREZ, *Tráfico externo y litigación civil internacional*, Dykinson, Madrid, 2018, p. 210).

<sup>19</sup> STJUE de 13 de julio de 2017, asunto C-433/16, *Bayerische Motoren Werke* (EU:C:2017:550).

<sup>20</sup> En los litigios cubiertos por el Reglamento (UE) 1215/2012, el tribunal no puede inadmitir la demanda con el pretexto de que carece de competencia internacional. El tribunal debe conceder al demandado la oportunidad de someterse tácitamente (Vid. A-L. CALVO CARAVACA y J. CARRASCOSA GONZÁLEZ, *Litigación internacional en la Unión Europea I. Competencia judicial y validez de resoluciones en materia civil y mercantil en la Unión Europea. Comentario al Reglamento Bruselas I Bis*, Thomson Reuters Aranzadi, Navarra, 2017, p. 269).

<sup>21</sup> STJUE de 11 de septiembre de 2014, C-112/13, *A*. En torno a dicho pronunciamiento, vid. S. DENYS, “Contrôle de constitutionnalité. Application du règlement Bruxelles I”, *Europe*, n° 11, 2014, pp. 13-14; P. CALLÉ, “Rôle du juge national dans l'application du droit de l'Union européenne en présence de droits garantis par les constitutions nationales”, *Revue critique de droit international privé*, n° 4, 2015, pp. 915-921; D. PARIS, “Constitutional Courts as Guardians of EU Fundamental Rights? Centralised Judicial Review of Legislation and the Charter of Fundamental Rights of the EU”, *European Constitutional Law Review*, vol. 11, 2015, pp. 389-407.

<sup>22</sup> La sentencia que llegase a dictar estaría igualmente viciada por la falta de cumplimiento de la condición establecida en el art. 45.1 b), pero, además, conforme al art. 28, el tribunal debería proceder a declararse de oficio incompetente (Vid. J.F., SÁNCHEZ BARRILAO y S. SÁNCHEZ LORENZO, “Sumisión tácita, derechos de defensa y competencia judicial internacional en las redes de la cuestión de inconstitucionalidad y de la cuestión prejudicial”, *La Ley Unión Europea*, n° 20, 2014, versión *on line*).

nacional considere como el primer medio de defensa dirigido al juez que conoce del asunto<sup>23</sup>. Incluso, tampoco deberá de entenderse por sumisión tácita la petición de una prórroga de los plazos para contestar a la demanda o una traducción de esta, ni la oposición a las medidas cautelares solicitadas por el actor<sup>24</sup>.

### C) Consecuencia jurídica

14. Las partes en el proceso son los “sujetos afectados” por la sumisión tácita. Los terceros no se ven aquejados por esta sumisión. Sin embargo, la sumisión tácita sólo cubre aquellas disputas que sean cuestión concreta del litigio, esto es, las materias objeto de la demanda y de la defensa sobre el fondo. Las controversias entre las partes que no sean causa de la demanda y de la contestación a la misma están excluidas de la sumisión tácita<sup>25</sup>.

15. Se ha de tener en consideración que si con ocasión de la comparecencia del demandado ante el órgano judicial del Estado miembro diferente al señalado por el Reglamento (UE) 1215/2012, aquél impugnara con fundamento la competencia de tal órgano, no se produciría ninguno de los efectos esperados, por cuanto no se prorrogaría la competencia del nuevo órgano ni se derogaría la del órgano señalado en principio como competente<sup>26</sup>.

### D) Ojo avizor si el demandado es parte débil en la relación contractual

16. El párrafo segundo del art. 26 Reglamento (UE) 1215/2012 refleja la perfecta posibilidad del surgimiento procesal de la sumisión tácita si el demandado es asegurado, consumidor o trabajador. En consecuencia, el foro de la sumisión tácita puede emplearse en relación con todos los litigios no excluidos por el art. 24 Reglamento (UE) 1215/2012 y ello significa que la sumisión tácita puede operar también en relación con los contratos de seguros, trabajo y consumo<sup>27</sup>. La razón sustancial por la cual es perfectamente admisible la sumisión tácita radica en que esta se verifica siempre cuando el litigio ya ha surgido. Por ello, no existe ningún riesgo de que una parte pueda “imponer” a la otra –aunque se trate de una parte situada en “posición jurídica débil” (consumidor, asegurado, trabajador)–, la obligación de litigar ante un determinado tribunal<sup>28</sup>.

17. En esta situación es imperioso que el órgano judicial ante el que comparezca el demandado se asegure de que se ha informado a este, por una parte, de su derecho a impugnar la competencia del órgano judicial y, por otra, de las consecuencias de no comparecer. En este aspecto, el legislador europeo no señala a quién corresponde el cumplimiento de la obligación de información. Según estima un consolidado sector doctrinal, deberá ser el juez que conoce del proceso quien asuma la obligación de

<sup>23</sup> STJUE de 24 de junio de 1981, asunto C-150/80, *Elefanten Schuh GmbH/Jacqmain* (EU:C:1981:148); STJUE de 13 de junio de 2013, asunto C-144/12, *Goldbet Sportwetten* (EU:C:2013:393).

<sup>24</sup> Cfr. M. VIRGOS SORIANO y F.J. GARCIMARTÍN ALFÉREZ, *Derecho Procesal Civil Internacional. Litigación Internacional*, 2ª ed., Thomson Civitas, Navarra, 2007, p. 307.

<sup>25</sup> A-L. CALVO CARAVACA y J. CARRASCOSA GONZÁLEZ, “La sumisión tácita como foro de competencia judicial internacional y el artículo 24 del Reglamento 44/2001 de 22 de diciembre 2000”, *International Law: Revista Colombiana de derecho Internacional*, nº 4, 2004, p. 66.

<sup>26</sup> Cfr. A. RODRÍGUEZ BENOT, “Comentario al artículo 26” en P. BLANCO-MORALES LIMONES, F.F. GARAU SOBRINO, M.L. LORENZO GUILLÉN y F.J. MONTERO MURIEL (coords.), *Comentario al Reglamento (UE) nº 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, Navarra, 2016, p. 590.

<sup>27</sup> STJUE de 20 de mayo de 2010, asunto C-111/09, *ČPP Vienna Insurance Group* (EU:C:2010:290), de manera especial los apartados 21, 22 y 24.

<sup>28</sup> Las partes son los mejores jueces de sus propios litigios y si ambos deciden, sin imposiciones entre las mismas, litigar ante los tribunales de un determinado Estado miembro, dicha decisión debe ser respetada pues constituye la solución jurisdiccional más eficiente (Vid. A-L. CALVO CARAVACA y J. CARRASCOSA GONZÁLEZ, “Notas breves sobre la Sentencia del TJUE (Sala Cuarta) de 20 mayo 2010 (Bilas: asunto C-111/09): la sumisión tácita en los litigios internacionales de seguro, consumo y trabajo”, *Cuadernos de derecho transnacional*, vol. 2, nº 2, 2010, p. 239 y la doctrina allí citada).

informar al demandado-débil y, además, deberá hacerlo en la primera ocasión de la que este dispone para comunicarse con el demandado, es decir, en la comparecencia del mismo en el proceso<sup>29</sup>.

18. Para que pudiera operar el art. 26.2 Reglamento (UE) 1215/2012 en primer lugar, debería de tratarse de una sumisión tácita limitada. En segundo término, el demandado debería tener pleno conocimiento de las consecuencias que se podrían derivar por no ejercer el derecho que tiene de impugnar la competencia, así como las de su comparecencia. Y, en último lugar, para que un juez se cerciorara de que tales extremos habían sido cumplidos debería de existir una norma que lo obligara en tal sentido<sup>30</sup>.

### 3. El foro de la explotación de sucursales, agencias o cualquier otro establecimiento

#### A) Fundamentación

19. De conformidad con el art. 7.5 Reglamento (UE) 1215/2012, si se trata de litigios relativos a la explotación de sucursales, agencias o cualquier otro establecimiento, la competencia para conocer de la acción corresponderá al órgano jurisdiccional donde se hallen sitios<sup>31</sup>.

20. Este foro permite otorgar competencia al tribunal más próximo a los hechos objeto de la controversia permitiendo una mejor organización del proceso. Resulta habitual que los instrumentos de competencia judicial internacional establezcan foros alternativos al del domicilio del demandado<sup>32</sup>, a partir de los cuales un juez o tribunal puede declararse competente. Por ende, estos foros se les atribuyen el calificativo de “especiales”. Así las cosas, en la mayoría de los casos el foro especial puede coincidir con el foro del domicilio del demandante, sin que por ello se convierta en foro exorbitante, ya que se construye sobre indicios de proximidad razonables y específicos<sup>33</sup>. En cierto modo, aunque estos foros ofrecen al demandante la posibilidad de elegir entre dos o más tribunales a la hora de presentar la demanda, son “concurrentes”, o sea, no impiden que los tribunales de otro Estado puedan declararse competentes<sup>34</sup>.

21. Sin lugar a dudas, es un foro general en el sentido de que funciona con independencia de la naturaleza material del objeto del litigio; opera como una suerte de “pequeño domicilio” pues es un foro

<sup>29</sup> El momento procesal oportuno para que el juez que conoce del proceso cumpla con esta obligación es el de la comparecencia del demandado. Dicha cuestión dependerá de lo establecido en el sistema procesal de cada Estado miembro –*lex fori regit procesum*– (Vid. N. MARCHAL ESCALONA, “Sobre la sumisión tácita en el reglamento de Bruselas I bis”, *Anuario español de derecho internacional privado*, nº 13, 2013, p. 154 y p. 157).

<sup>30</sup> De hecho, la redacción del art. 26.2º del “Reglamento Bruselas I bis” encaja perfectamente con la dinámica típicamente comunitaria de incorporar a sus textos normativos los pronunciamientos del TJ UE (Cfr. N. MARCHAL ESCALONA, “Quid de la sumisión tácita en el espacio judicial europeo”, *La Ley Unión Europea*, nº 2, 2013, versión *on line*).

<sup>31</sup> Se trata de permitir al actor litigar en el país donde la sociedad, pese a tener su sede estatutaria, administración central o su centro de actividad principal en otro Estado, ha desplegado su actividad mediante una instalación permanente en otro Estado, es el denominado establecimiento secundario (Vid. A. M<sup>a</sup>. BALLESTEROS BARRIOS, *La responsabilidad de la sociedad dominante en los grupos internacionales de sociedades*, Civitas Thomson Reuters, Navarra, 2018, p. 191).

<sup>32</sup> 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. 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 (Vid. el magnífico estudio de, J. CARRASCOSA GONZÁLEZ, “Foro del domicilio del demandado y Reglamento Bruselas ‘I-bis 1215/2012’. Análisis crítico de la regla actor sequitur forum rei”, *Cuadernos de derecho transnacional*, vol. 11, nº 1, 2019, pp. 112-138, esp. pp. 116-117).

<sup>33</sup> J.C. FERNÁNDEZ ROZAS y S. SÁNCHEZ LORENZO, *Derecho Internacional Privado*, 10ª ed., Thomson Reuters Aranzadi, Navarra, 2018, libro electrónico.

<sup>34</sup> No son foros territoriales: no otorgan competencia globalmente a los tribunales de un Estado, sino que determinan tribunales territorialmente competentes dentro de ese Estado. En caso de contradicción, estos foros prevalecen sobre las normas procesales internas sobre competencia territorial (Vid. A. LÓPEZ-TARRUELLA MARTÍNEZ, *Manual de Derecho Internacional Privado*, 3ª ed., Editorial Club Universitario, Alicante, 2018, pp. 74-76).



intermedio entre el foro general y los foros especiales. Por el contrario, no es un foro activo dado que no puede ser invocado en aquellos litigios en los que la empresa titular del establecimiento interviene como demandante<sup>35</sup>.

**22.** En los supuestos en que la sociedad opere a través de su sucursal situada en un país distinto al del domicilio estatutario y su administración central, esta no podrá ser demandada sobre la base del foro general del domicilio del demandado. Cierta sector doctrinal entiende que el resultado no es adecuado, pues quien contrata con la sociedad puede tener la lógica expectativa de poder recurrir al foro del lugar en el que se encuentra establecido aquél con quien contrata<sup>36</sup>.

**23.** Según la sólida jurisprudencia del Tribunal de Luxemburgo, el foro erigido por el art. 7.5 Reglamento (UE) 1215/2012 se basa en la existencia de una conexión particularmente estrecha entre la controversia y los órganos jurisdiccionales potencialmente llamados a conocer de ella, que justifica la atribución de competencia a estos por razones de buena administración de la justicia y de adecuada sustanciación del proceso<sup>37</sup>. Así, no cabe duda de que, quienes mejor pueden adquirir la información fáctica necesaria para resolver los litigios derivados de la actividad de una sucursal y hacerlo a un menor coste son los tribunales del Estado de situación de esa sucursal. Además, esto conlleva reducción de los elevados gastos de notificación internacional<sup>38</sup> y de ejecución de la sentencia. Igualmente, el foro de la sucursal conlleva la imputación razonable de las cargas procesales<sup>39</sup>.

**24.** De igual forma, el foro de la sucursal cumple con las ineludibles exigencias de previsibilidad y seguridad jurídica, pues parece razonable pensar que el titular de un establecimiento ha podido prever que podría llegar a ser demandado ante el tribunal donde esté localizado el establecimiento situado<sup>40</sup>. En todo caso, el lugar de dicho establecimiento solo es relevante si se encuentra en un Estado diferente donde está domiciliado el demandado<sup>41</sup>. También, se ha enfatizado que dicho foro especial por razón de la materia permite que, en aquellos procesos judiciales que puedan suscitarse con los diversos establecimientos de una empresa se distribuyan territorialmente de forma similar, de manera que toda la carga

<sup>35</sup> No puede utilizarse como criterio para atraer a otros co-demandados (*Vid.* F.J. GARCIMARTÍN ALFÉREZ, *Derecho Internacional Privado*, 4ª ed., Civitas Thomson Reuters, Navarra, 2016, pp. 100-102).

<sup>36</sup> Por consiguiente, las sociedades que tengan su sede estatutaria, su administración central o su principal centro de actividad en un Estado miembro podrán ser demandadas en otro Estado miembro en el que tengan su sucursal, agencia o cualquier establecimiento. Se facilita al demandante un “foro de ataque” puesto que podrá elegir poder demandar a la sociedad en el Estado de su domicilio o en el lugar en el que se encuentre la sucursal a través de la cual se contrató con la sociedad (*Cfr.* R. ARENAS GARCÍA, “Sociedades” en J.C. FERNÁNDEZ ROZAS, R. ARENAS GARCÍA y P.A. DE MIGUEL ASENSIO, *Derecho de los negocios internacionales*, 5ª ed., Iustel, Madrid, p. 260).

<sup>37</sup> STJUE de 6 de abril de 1995, asunto C-439/93, *Lloyd's Register of Shipping/Campenon Bernard*, (EU:C:1995:104); STJUE de 19 de julio de 2012, asunto C-154/11, *Mahamdia* (EU:C:2012:491).

<sup>38</sup> Las notificaciones internacionales constituyen uno de los pilares fundamentales del sistema de cooperación judicial en materia civil (*Vid.* al respecto, el interesantísimo estudio de Mª.A. CEBRIÁN SALVAT, *La notificación internacional en materia civil y mercantil en la Unión Europea*, Comares, Granada, 2018, pp. 22-25).

<sup>39</sup> Un pilar fundamental de la doctrina sostiene que, el foro de la sucursal conlleva una imputación razonable de cargas procesales. Desde la perspectiva del demandado, su sumisión a los tribunales extranjeros se justifica a partir del principio de autorresponsabilidad, es decir, el demandado ha querido llevar una actividad continuada y sistemática en ese Estado. Desde la perspectiva del actor, la posibilidad de utilizar este foro se justifica a partir del principio de protección de la confianza: los terceros que se relacionan con el demandado, a través de un establecimiento de este en ese país, confían en poder reclamar ahí su tutela de los derechos subjetivos de esa relación (*Cfr.* M. VIRGOS SORIANO y F.J. GARCIMARTÍN ALFÉREZ, *Derecho Procesal Civil Internacional. Litigación Internacional*, 2ª ed., Thomson Civitas, Navarra, 2007, p. 136).

<sup>40</sup> Las empresas filiales creadas *ex novo* o mediante la adquisición de una sociedad ya existente, se caracterizan por gozar de una plena autonomía jurídica, pero no económica, con respecto a la empresa matriz (*Vid.* G. PALAO MORENO, “Dimensión internacional de las sociedades” en C. ESPLUGUES MOTA (dir.), *Derecho del Comercio Internacional*, 8ª ed., Tirant lo Blanch, Valencia, 2017, p. 162).

<sup>41</sup> J. GUTIÉRREZ GIL SANZ, “Comentario al artículo 7.5” en P. BLANCO-MORALES LIMONES, F.F. GARAU SOBRINO, M.L. LORENZO GUILLÉN y F.J. MONTERO MURIEL (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*, Thomson Reuters Aranzadi, Navarra, 2016, p. 238.

procesal no tenga que recaer, necesariamente, sobre los tribunales donde se encuentre la sede central de la mercantil<sup>42</sup>.

## B) Concepto y peculiaridades

25. En el paradigmático asunto *Somafer SA*<sup>43</sup>, el Alto Tribunal Europeo estableció el concepto de sucursal, agencia o cualquier otro establecimiento, concibiendo como tal aquel centro de operaciones que se manifiesta de modo duradero hacia el exterior como la prolongación de una empresa principal, dotado de una dirección y materialmente equipado para poder realizar negocios con terceros, de tal modo que estos, aun sabiendo que eventualmente se establecerá un vínculo jurídico con la empresa principal, cuyo domicilio social se halla en el extranjero, quedan dispensados de dirigirse a ella directamente, y pueden realizar negocios en el centro operativo que constituye su prolongación<sup>44</sup>.

26. Incluso, el TJUE destaca que la agencia, sucursal o establecimiento debe presentarse a la vista de terceros de manera fácilmente reconocible como una prolongación de la casa matriz, debido a que el vínculo de sumisión a la dirección y al control de la matriz no existe cuando el representante de esta última puede organizar libremente lo esencial de su actividad y determinar su tiempo de trabajo<sup>45</sup>.

27. En cualquier caso, el art. 7.5 Reglamento (UE) 1215/2012 constituye una regla de competencia especial y, por lo tanto, debe interpretarse de modo autónomo y estricto, sin que quepa una interpretación que vaya más allá de los supuestos expresamente contemplados en dicho Reglamento<sup>46</sup>. No obstante, un sólido sector doctrinal afirma que los foros especiales por razón de la materia no deben interpretarse de modo restrictivo porque no operan como una excepción al art. 4 Reglamento (UE) 1215/2012<sup>47</sup>.

<sup>42</sup> Vid en este sentido, A. DE LA OLIVA SANTOS, *Derecho procesal civil europeo*, vol. I, Aranzadi, Navarra, 2011, p. 130.

<sup>43</sup> STJUE de 22 de noviembre de 1978, asunto 33/78, *Somafer*, (EU:C:1978:205).

<sup>44</sup> Interesa destacar que, además, es necesario que el objeto del litigio se refiera a la explotación de la sucursal, agencia o cualquier otro establecimiento. El concepto de explotación comprende, por una parte, los litigios relativos a los derechos y obligaciones, contractuales o extracontractuales, sobre la gestión propiamente dicha de la agencia, de la sucursal o del establecimiento, en sí mismos, tales como los que se refieren al alquiler del inmueble donde estén instaladas estas unidades de actuación o a la contratación en dicho lugar del personal que allí trabaja; por otra parte, también comprende los litigios relativos a las obligaciones contraídas por el centro de operaciones anteriormente descrito, en nombre de la empresa principal y que se deban cumplir en el Estado contratante donde dicho centro de operaciones se halle establecido, así como los referentes a las obligaciones extracontractuales derivadas de las actividades que la sucursal, la agencia o cualquier otro establecimiento, en el sentido anteriormente expuesto, haya realizado por cuenta de la empresa principal en el lugar donde se encuentre establecido; que, en cada caso, corresponde al órgano jurisdiccional que conoce del asunto determinar los indicios que permitan apreciar la existencia de un centro efectivo de operaciones y calificar la relación jurídica controvertida respecto al concepto de “explotación” (Fallo del asunto *Somafer*).

<sup>45</sup> De tal manera que, no reunirá los requisitos de una sucursal, agencia u otro establecimiento el agente comercial (intermediario) independiente, en el sentido de que, en virtud de su estatuto legal, puede libremente organizar lo esencial de su actividad y determinar el tiempo de trabajo que consagra a una empresa a la que acepta representar, y a quien la empresa que representa no puede impedir que al mismo tiempo represente a varias firmas de la competencia en el mismo sector de producción o comercialización y que, además, se limita a cursar los pedidos a su casa matriz, sin participar ni en llevar a buen fin ni en ejecutar los negocios (Vid. STJUE de 18 de marzo de 1981, asunto C-139/80, *Blankaert & Willems/Trost* [EU:C:1981:70]).

<sup>46</sup> STJUE de 5 de julio de 2018, asunto C-27/17, *flyLAL-Lithuanian Airlines* (EU:C:2018:533). Air Baltic tiene una sucursal en Lituania, y por lo tanto, se hace necesario verificar que esta participó efectivamente en algunos de los actos constitutivos del ilícito civil. En esas circunstancias, señala el TJUE que corresponde al órgano remitente determinar si la sucursal participó en la oferta y aplicación de los precios predatorios que se alegan y si esa participación puede considerarse suficientemente significativa, sin que sea relevante a estos efectos que, como se había alegado, la sucursal no llevase una contabilidad distinta de la de su matriz (Vid. E.C. TORRALBA MENDIOLA, “Competencia judicial internacional en las reclamaciones de daños derivados de ilícitos anticoncurrenciales. Sentencia del Tribunal de Justicia de 5 de julio de 2018 en el asunto C-27/17: flyLAL–Lithuanian Airlines”, *La Ley Unión Europea*, n° 64, 2018, versión *on line*).

<sup>47</sup> El considerado 15 del Reglamento (UE) 1215/2012 ofrece un sólido apoyo para descartar que los foros especiales presenten carácter excepcional que imponga una interpretación restrictiva. Como se puede apreciar, el legislador europeo considera que, tanto la elección de tribunal por las partes como los foros especiales, justifican que los tribunales elegidos o los tribunales a las que conducen tales foros dispongan de competencia judicial internacional con independencia de cuál sea el Estado miembro del domicilio del demandado (Cfr. A-L. CALVO CARAVACA y J. CARRASCOSA GONZÁLEZ, *Derecho Internacional Privado*, vol. II, 18ª ed., Comares, Granada, 2018, p. 795).

**28.** La noción de agencia, sucursal o establecimiento comprende todo tipo de asentamientos secundarios que dependen y son controlados por la empresa matriz. Ello impide utilizar este foro en relación con agentes independientes o en relación a filiales con dirección propia, luego son personas jurídicas diferentes. Por otro lado, el establecimiento, sucursal o agencia exige una presencia física estable en el Estado miembro de que se trata con un mínimo de organización comercial. No es suficiente la presencia esporádica o incluso duradera pero que no implique una organización económica interna de la sucursal, establecimiento o agencia<sup>48</sup>. Se infiere sugestivo tener en cuenta el matiz ofrecido por el Tribunal de Luxemburgo en el asunto *De Bloos/Bouyer* en lo que respecta al concepto de “establecimiento” pues considera que debe poseer los mismos elementos esenciales que los de sucursal o de agencia<sup>49</sup>. Ahora bien, se activará el art. 7.5 Reglamento (UE) 1215/2012 en aquel caso de una persona jurídica establecida en un Estado contratante, que, sin explotar una sucursal, agencia o establecimiento carente de autonomía en otro Estado contratante, ejerza sin embargo en dicho Estado sus actividades a través de una sociedad independiente que lleve el mismo nombre y tenga la misma dirección, que actúe y celebre negocios en su nombre y de la que se sirva como si fuera una prolongación<sup>50</sup>.

**29.** En este complejo contexto, se ha planteado en la doctrina si esta norma puede emplearse en casos de filiales que no sean dependientes jurídicamente, es decir, que no forman parte de un grupo societario. Afirmar tal posibilidad conllevaría la posibilidad de demandar a la filial ante los tribunales del lugar de su domicilio y también a la matriz<sup>51</sup>.

#### IV. El foro de protección: contratos de consumo

##### A) Condiciones de aplicación

**30.** En el ámbito del Derecho Privado, encontramos normas específicas dirigidas a la protección de los consumidores, que disciplinan la intervención de dichos sujetos en el ámbito de la contratación de variados servicios que al hallarse fuera de su lugar de origen se encuentran en una posición de clara inferioridad. Por consiguiente, es necesaria una protección jurídica específica para aquellas situaciones contractuales que están conformadas por estos<sup>52</sup>.

**31.** A la hora de proceder al estudio del art. 17.1 c) Reglamento (UE) 1215/2012, debemos iniciarlo teniendo en cuenta dos requisitos esencialmente basados en el comportamiento del empresario<sup>53</sup>: por un lado, que este ejerza actividades comerciales o profesionales en el Estado miembro del domicilio

<sup>48</sup> A-L. CALVO CARAVACA y J. CARRASCOSA GONZÁLEZ, *Litigación internacional en la Unión Europea I. Competencia judicial y validez de resoluciones en materia civil y mercantil en la Unión Europea. Comentario al Reglamento Bruselas I Bis*, Thomson Reuters Aranzadi, Navarra, 2017, p. 440.

<sup>49</sup> STJUE de 6 de octubre de 1976, asunto C-14/76, *De Bloos/Bouyer* (EU:C:1976:134).

<sup>50</sup> La justificación radica en que, los terceros que negocian con el establecimiento que actúa como prolongación de otra sociedad deben poder confiar en la apariencia así creada y considerar este establecimiento como un establecimiento de esa otra sociedad, aunque, desde el punto de vista del Derecho de sociedades, las dos sociedades sean independientes una de otra (STJUE de 9 de diciembre de 1987, asunto C-218/86, *SAR Schotte/Parfums Rothschild* [EU:C:1987:536]).

<sup>51</sup> Se puede admitir la aplicación del art. 7.5 Reglamento (UE) 1215/2012 a aquellas filiales que poseen una unidad o control económico y cuando aquellas comercian bajo una misma denominación. La autora plantea la cuestión de si la denominación semejante debe ser requisito indispensable cuando existe unidad de grupo; si bien, constituye un indicio más pero no una *conditio sine qua non* ya que por sí mismo no demuestra que la filial sea falsa (*Vid.* L. GARCÍA ÁLVAREZ, *Competencia judicial internacional, daños ambientales y grupos transnacionales de sociedades*, Comares, Granada, 2016, p. 116).

<sup>52</sup> D. CARRIZO AGUADO, “Posicionamiento de los consumidores en el Mercado único digital desde una perspectiva internacional privatista” en L. GARCÍA ÁLVAREZ y J.M. MARTÍN RODRÍGUEZ (dirs.), *25 años de Mercado único en la Unión Europea*, Dykinson, Madrid, 2019, *en prensa*.

<sup>53</sup> Sólo hay contrato de consumo si una de las partes es un verdadero profesional y no opera en el tráfico jurídico a título meramente particular, es decir, al margen de cualquier actividad. Esta interpretación es muy próxima a lo contenido en el Reglamento (CE) 593/2008, pues exige de manera expresa en su art. 6, apartado 1, que el contratante se efectivamente un profesional. Por ello, y al hilo de la jurisprudencia comunitaria, las normas protectoras de los contratos concluidos por los consumidores, no serán aplicables a aquellos celebrados entre dos personas que realizan actividades comerciales o profesionales (*Vid.* STJUE de 5 de diciembre de 2013, asunto C-508/12, *Walter Vapenik* (EU:C:2013:790)).

del consumidor, y por otro, que la parte contratante dirija, por cualquier medio, sus actividades comerciales o profesionales al Estado miembro del domicilio del consumidor<sup>54</sup>.

**32.** En cuanto a la primera premisa, serán competentes los tribunales del Estado donde el empresario desarrolla su actividad comercial, vale decir, el “mercado natural del empresario”; y en cuanto a la segunda condición, el empresario dirige su actividad comercial al Estado miembro donde está domiciliado el consumidor o a varios Estados miembros, siempre que este último esté comprendido entre todos ellos<sup>55</sup>; dicho de otra manera, es el empresario quien decide introducirse mediante actos comerciales concretos en la esfera comercial dónde está situado el consumidor; es el denominado “mercado de conquista”<sup>56</sup>.

**33.** Con todo, en el ámbito de la contratación *online* tanto con empresarios como con consumidores, en la mayoría de los casos lo que imperará será el foro del domicilio de la parte contratante; únicamente quedaría al margen de esta competencia los casos de contratación con empresarios de servicios de alojamiento o bien en el caso de viajes combinados para empresarios<sup>57</sup>.

## B) Desplazamiento del consumidor

**34.** Aquellos consumidores que se trasladen a otro Estado miembro para adquirir bienes o servicios, si la publicidad no se les ha enviado al Estado miembro de su domicilio, no se les otorgará protección y cobertura<sup>58</sup>.

**35.** Si bien, es preciso que el profesional muestre de manera clara y sin lugar a dudas la voluntad de obligarse con el consumidor, y por supuesto, éste deberá aceptar la propuesta contractual ofrecida por el empresario; se estará ante un contrato cuando la oferta en firme, suficientemente clara e inequívoca, de una parte es seguida de aceptación por la otra parte<sup>59</sup>. En este aspecto, el control de las cláusulas abu-

<sup>54</sup> Merece especial atención la particular situación ante la cual el profesional no se desplaza físicamente al Estado del consumidor, pero dirige hacia él sus actividades en el marco de dos contratos celebrados sucesivamente entre el mismo consumidor e idéntico profesional. El Alto Tribunal europeo en la STJUE de 23 de diciembre de 2015, asunto C-297/14, *Hobohm* (EU:C:2015:844) admite la posibilidad de que ante un contrato que *a priori* no encaja como contrato de consumo, pueda beneficiarse del mencionado régimen protector. Ahora bien, es necesario que éste presente una conexión muy estrecha con la primera obligación contractual suscrita entre las mismas partes fruto de una “actividad dirigida” por el profesional al Estado miembro del domicilio del consumidor. Es decir, el contrato conexo debe considerarse como prolongación directa de la “actividad profesional dirigida” al Estado miembro del domicilio del consumidor, pues posee como fin principal, la satisfacción del objetivo económico que subyace de la relación contractual inicial. (*Vid in extenso*, 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, nº 1, 2016, pp. 301-317).

<sup>55</sup> En sede de competencia judicial internacional, el Dr. Garau Sobrino afirma que lo determinante para la aplicación de los foros de protección en materia de consumidores es que el profesional “dirija” sus actividades antes de la celebración del contrato y que el contrato está vinculado con una de esas actividades dirigidas (*Cfr.* F.F. GARAU SOBRINO, “El elemento transnacional en la solución de conflictos turísticos. Cuestiones de competencia judicial internacional y de ley aplicable” en M<sup>a</sup>.N. TUR FAÚNDEZ, (coord.), *Autorregulación y solución de conflictos en el ámbito del turismo*, Colex, Madrid, 2014, p. 174).

<sup>56</sup> Cuando la parte contratante ejerza su actividad en el Estado miembro donde se encuentre domiciliado el consumidor es denominado en el Derecho internacional privado norteamericano “Doing Business”; ahora bien, si la parte contratante no ejerce sus actividades comerciales en el Estado miembro del domicilio del consumidor pero desea introducirse en el mismo, se considera entonces que tiene una vocación clara de penetrar en un mercado que no es su mercado natural, y subyace el fenómeno denominado “Internacional Stream-of-Commerce” (*Cfr.* A-L. CALVO CARAVACA y J. CARRASCOSA GONZÁLEZ, *Conflictos de leyes y conflictos de jurisdicción en Internet*, Colex, Madrid, 2001, p. 85).

<sup>57</sup> *Cfr.* M<sup>a</sup>.B. AIGE MUT, “Análisis de la competencia judicial internacional en la contratación turística online: especial referencia a la Sentencia del Tribunal de Justicia de la Unión Europea de 14 de noviembre de 2013”, *Revista General de Derecho Procesal*, nº 36, 2015, p. 13.

<sup>58</sup> Al menos que se trate de una venta a plazos de mercaderías o préstamo a plazos, caso en el que siempre están protegidos. Es necesario resaltar que los contratos de transporte quedan excluidos a excepción de los viajes combinados (*Vid.* STJCE de 30 de abril de 2002, asunto C-400/00, *Club-Tour* [EU:C:2002:272]; STJUE de 7 de diciembre de 2010, asunto C-585/08, *Pammer* [EU:C:2010:740]).

<sup>59</sup> *Vid.* STJCE de 14 de mayo de 2009, asunto C-180/06, *Ilsinger* (EU:C:2009:303). Para un análisis exhaustivo del pronunciamiento, *vid.* M. REQUEJO ISIDRO, “La promesa de premio en la Jurisprudencia del TJCE (A propósito del asunto C-180/06, *Ilsinger*)”, *Noticias de la Unión Europea*, nº 316, 2011, pp. 125-135.

sivas debe guiarse por una distribución justa de riesgos y cargas para ambas partes. Por ello, los jueces necesitan criterios para alcanzar ese equilibrio y la motivación de la sentencia debe estar sustentada bajo la idea clara del reparto equitativo<sup>60</sup>.

**36.** En definitiva, se protege al consumidor pasivo, que es el consumidor que ha sido asaltado en el país de su domicilio por un profesional domiciliado en otro Estado miembro<sup>61</sup>. Queda sin protección jurisdiccional el consumidor activo<sup>62</sup>, que es el que se desplaza a otro Estado miembro para adquirir bienes o servicios. En la esfera del Derecho internacional europeo, el consumidor activo tradicionalmente no ha recibido la protección que el consumidor pasivo; por ello, tanto el Reglamento (UE) 1215/2012 como el Reglamento (CE) 593/2008<sup>63</sup>, otorgan especial protección aquellos consumidores que han sido captados por el proveedor o empresario en el Estado donde éstos poseen su residencia<sup>64</sup>.

### C) La *website* de las multinacionales como lugar de comercialización de servicios

**37.** Toda empresa que disponga de una *website* interactiva visible en un país y que incite a la contratación a distancia en ese determinado Estado, si recibe pedidos procedentes de ese país (encargos que son aceptados por el empresario), está desplegando “actividades dirigidas” a ese Estado; en caso de conflicto el consumidor podrá verse protegido por las normas especiales de competencia judicial, de los artículos 17 a 19 del Reglamento (UE) 1215/2012.

**38.** Sin embargo, si la *webpage* tiene *disclaimers* o declaraciones limitando la oferta a un número determinado de Estados y excluyendo los otros, si un consumidor del Estado excluido contrata con este empresario o proveedor a través de esa página web, no estaría cubierto por la protección que confieren los artículos anteriores, ya que estaríamos ante un consumidor activo y le serían aplicables las normas generales del Reglamento en materia contractual<sup>65</sup>.

**39.** En el supuesto de que el consumidor se considere activo, este no puede demandar en el país de su domicilio, pues el empresario no penetró en su mercado, sino que es el consumidor el que acudió a la esfera comercial del empresario; por ello, el consumidor debe correr el riesgo de litigar en el país en cuyo mercado se sumerge voluntariamente<sup>66</sup>.

<sup>60</sup> A. ÁLVAREZ RODRÍGUEZ y D. CARRIZO AGUADO, “¿Quién es quién? El abogado es el profesional y el cliente es el consumidor. Calificación de dicha relación en el contrato de prestación de servicios jurídicos conforme a la STJUE 15 de enero 2015. –Asunto C537/13– (SIBA)”, *Revista Aranzadi Doctrinal*, nº 6, 2015, p. 162.

<sup>61</sup> Vid. STJUE de 14 de noviembre de 2013, asunto C-478/12, *Maletic* (EU:C:2013:735). Existe problemática cuando se entrecruzan relaciones contractuales internacionales y domésticas; sería el caso en el que la adquisición de un producto por el consumidor pasivo a través de Internet a un proveedor establecido en otro Estado miembro, habiendo acordado que el pago del precio se financie mediante un contrato crediticio celebrado con un prestamista establecido en el Estado donde tiene su domicilio el consumidor. (Vid. J.I. PAREDES PÉREZ, “La internacionalidad del contrato de consumo en el Reglamento de Bruselas I: Comentario a la STJUE de 14 de noviembre de 2013, Asunto C-478/2012, *Maletic lastminute.com GmbH*”, *La Ley Unión Europea*, nº 17, 2014, pp. 33-34).

<sup>62</sup> Si un consumidor llegara a celebrar un contrato con un *web-site* que no está dirigido hacia el Estado miembro de su residencia habitual, se le considerará un consumidor activo, que ha provocado la internacionalidad del contrato; por tanto, no merece protección (Vid. A. LÓPEZ-TARRUELLA MARTÍNEZ, “Aspectos de Derecho internacional privado de las relaciones jurídicas en Internet” en M. PEGUERA POCH, (coord.), *Principios de Derecho de la Sociedad de la Información*, Aranzadi Thomson Reuters, Navarra, 2010).

<sup>63</sup> DOUE L 177/6, de 4 de julio de 2008.

<sup>64</sup> Vid. P. CACHIA, “Consumer contracts in European private international law: The sphere of operation of the consumer contract rules in the Brussels I and Rome I Regulations”, *European law review*, vol. 34, nº 3, 2009, pp. 489-490.

<sup>65</sup> Vid. A. HERNÁNDEZ FERNÁNDEZ, “La protección del consumidor transfronterizo intracomunitario: cuestiones de Derecho Internacional Privado”, *Estudios sobre consumo*, nº 79, 2006, p. 26.

<sup>66</sup> E. CASTELLANOS RUÍZ, *Régimen jurídico de los consumidores: competencia judicial internacional y ley aplicable*, Comares, Granada, 2010, pp. 14-15. Existe un sector de la doctrina que estima que se ha superado la tradicional distinción entre consumidores activos y pasivos, porque el legislador comunitario ha desviado su mirada de la conducta del consumidor para centrarse en la intención del prestador de servicios. En un entorno en el que la localización de las partes puede resultar incierta o incluso artificiosa, la actuación del empresario reflejada a través de la Red constituye un elemento más cierto y fiable para delimitar el ámbito de protección que debe concederse al consumidor (Vid. A. BATALLA TRILLA, “Contratación electrónica y

40. Ciertamente para valorar si un sitio de Internet va dirigido a un determinado país cabe entender que deben tomarse en consideración todos los elementos que permitan apreciar si, básicamente por su configuración, contenido y las actividades de sus responsables, el sitio web trata de captar clientes o influir en un determinado mercado<sup>67</sup>.

41. En general, la comercialización de productos a través de la web, especialmente dirigida hacia el mercado donde el consumidor tiene su domicilio, es susceptible de quedar amparada bajo la forma de contrato de consumo<sup>68</sup>. Ahora bien, el simple acceso, por parte del consumidor, a una página web comercial elaborada por un pequeño empresario, no puede activar la aplicación de las normas de competencia judicial y las normas de conflicto de leyes protectoras del consumidor. Esta situación favorece al consumidor “excesivo” y perjudica claramente al pequeño empresario *on line*, que puede no tener la intención de comercializar su producto en el mercado del Estado del domicilio del consumidor<sup>69</sup>.

#### D) Importancia en la configuración del portal web

42. Concretar si un sitio web va o no dirigido al país del domicilio del consumidor resulta una cuestión controvertida<sup>70</sup>. La tradicional distinción entre sitios activos y pasivos, tiene importancia al precisar si una web se dirige a un determinado país<sup>71</sup>. Cuando ni del contenido de la página ni del com-

---

jurisdicción competente: el concepto de "actividades dirigidas en el nuevo sistema comunitario", *La Ley: Revista jurídica española de doctrina, jurisprudencia y bibliografía*, nº 2, 2004, pp. 1858-1874).

<sup>67</sup> Entre los elementos que pueden ser relevantes, cabe mencionar: el idioma en que esté redactado el sitio; la moneda en que estén expresados los precios; la presencia de direcciones locales de contacto; la existencia de avisos legales acerca de los mercados en los que se comercializan o están disponibles los productos o servicios; el volumen de transacciones con sitio web en medios locales de un país o dirigidos, entre otros, a ese país o la inclusión de enlaces a su sitio en directorios locales del domicilio del demandado (*Vid.* P.A. DE MIGUEL ASENSIO, “Contratación comercial internacional” en J.C. FERNÁNDEZ ROZAS, R. ARENAS GARCÍA y P.A. DE MIGUEL ASENSIO, *Derecho de los negocios internacionales*, 5ª ed., Iustel, Madrid, 2016, pp. 338-339).

<sup>68</sup> Si acudimos a la STJUE de 7 de diciembre de 2010, asuntos acumulados C-585/08 / C-144/09, *Peter Pammer / Hotel Alpenhof GesmbH* (EU:C:2010:740), el Alto Tribunal Europeo, establece los indicios que figuran en las expresiones derivadas de la voluntad del vendedor en su relación con los consumidores, por ejemplo, cuando ofrece sus servicios o sus bienes en varios Estados miembros designados específicamente o cuando incurre en gastos en un servicio de remisión a páginas web en Internet prestado por una empresa que explota un motor de búsqueda con el fin de facilitar el acceso a su sitio a consumidores domiciliados en esos otros Estados miembros. En cambio no forman parte de esos indicios la mención en una página web de la dirección electrónica o postal del vendedor, ni la indicación de sus números de teléfono sin prefijo internacional, ya que estos tipos de información no ponen de manifiesto si el vendedor dirige su actividad a uno o varios Estados miembros (*Vid. in extenso* análisis de la citada sentencia, J. CLAUSNITZER, “EuGH, 7.12.2010, C-585/08, C-144/09: Gerichtsstand bei Verbraucher-Verträgen via Internetangebot - Peter Pammer / Reederei Karl Schlüter GmbH & Co. KG und Hotel Alpenhof GesmbH / Oliver Heller”, *Europäische zeitschrift für wirtschatsrecht*, vol. 22, nº 3, 2011, pp. 98-105; L. MANIGRASSI, “Justice, liberté, sécurité (arrêt “Pammer & Hotel Alpenhof”)”, *Revue du droit de l'Union Européenne*, nº 1, 2011, pp. 138-144; M. POSNOW WURM, “La protection des consommateurs en droit international privé européen suite aux arrêts Pammer-Hotel Alpenhof: la notion d’“activité dirigée”, *Revue de droit international privé*, nº 1, 2011, pp. 167-181).

<sup>69</sup> El pequeño empresario que publicita su actividad comercial a través de una página web tiene que ser protegido frente al consumidor excesivo. El consumidor excesivo adquiere un producto o servicio, siempre desde el Estado de su domicilio, a través de una página web comercial, con solo hacer un *click*. Sin embargo, el pequeño empresario ni realiza ni dirige sus actividades profesionales a los consumidores de dicho país. Por esta razón, resulta necesario proteger al pequeño empresario (*Cfr.* M<sup>a</sup>.D. ORTIZ VIDAL, “Contratos electrónicos internacionales B2C y protección del pequeño empresario”, *Cuadernos de derecho transnacional*, vol. 6, nº 1, 2014, pp. 394-395).

<sup>70</sup> Hay autores que consideran que cobra relevancia la distinción entre páginas activas y páginas pasivas, a saber, entre aquellas que permiten al consumidor la adquisición directa del producto o servicio por medios electrónicos, interactuando a través de la web; y aquellas otras en las que el consumidor no puede adquirir directamente en Internet, utilizándose la página como mero escaparate de negocio. (*Cfr.* P. MÁRQUEZ LOBILLO, “Aplicación de las normas comunitarias sobre competencia judicial a los contratos de consumo electrónicos: interpretación del art. 15.1. c del Reglamento 44/2001” en G.J. JIMÉNEZ SÁNCHEZ y A. DÍAZ MORENO, (dirs.), J. BRENES CORTÉS, I. LÓPEZ DE LA TORRE, y M. PACHECO CAÑETE, M. (coords.), *Estudios de Derecho del Comercio Internacional. Homenaje a Juan Manuel Gómez Porrúa*, Marcial Pons, Madrid, 2013, p. 675).

<sup>71</sup> No es de suma importancia que el sitio web sea interactivo o pasivo, pues según las circunstancias del caso un sitio web pasivo puede ser equivalente a dirigir actividades comerciales o profesionales a otros Estados miembros. Sin embargo, parte de la doctrina entiende que si el sitio web es pasivo, no existiría *Stream-of-Commerce*, es decir, no se entendería que el empresario dirige su actividad mediante Internet al país del domicilio del consumidor. Aunque la publicidad comercial sea visible en un país, la imposibilidad de actuar de modo interactivo online para adquirir productos o servicios revelaría la voluntad del vendedor de no entrar en el mercado nacional de que se trate (*Vid.* E. CASTELLANOS RUIZ, “Contrato internacional de consumo:

portamiento del empresario pudiera deducirse ningún tipo de intención de traficar en el mercado del consumidor, la página web debería ser considerada pasiva y, por tanto, los consumidores que realizaran algún tipo de operación con el empresario serían consumidores activos y no gozarían de la regulación tuitiva contenida en nuestro sistema de Derecho internacional privado<sup>72</sup>.

43. Hay ciertos autores que señalan que, en las páginas web “pasivas” no cabría interpretar que el empresario dirige su actividad al Estado del domicilio del consumidor salvo que existiesen otros elementos que permitan llegar a una conclusión diferente<sup>73</sup>. *A sensu contrario*, otro sector doctrinal estima que tal idea es excesiva: si se trata de una página web “pasiva”, aunque incluya un número de teléfono o fax con el fin de que el consumidor pueda realizar su pedido, o incluso aunque en ella figure una dirección de correo electrónico de contacto, no por esta circunstancia deberíamos considerar que las actividades se dirigen al Estado del domicilio del consumidor<sup>74</sup>.

44. En el seno de esta dialéctica entre la pasividad o no de una web, lo determinante es que el sitio esté configurado de tal forma que su visualización permita entender que su objetivo final es captar clientes en el mercado del domicilio del consumidor y no que esos clientes hayan contratado a través del propio sitio web<sup>75</sup>. En todo caso, mediante el uso de esas tecnologías puede llegar a ser posible con un alto grado de fiabilidad para el titular de un sitio web conocer el país en el que se encuentra ubicado el ordenador desde el que un usuario trata de acceder a sus contenidos o contratar sus servicios o productos.

## E) Régimen particular de los foros protectores hacia el consumidor

45. El Reglamento (UE) 1215/2012, establece en su art. 17<sup>76</sup> los foros que otorgan un sistema específico más beneficioso para el consumidor debido a que es la parte dentro de la relación

---

voluntad de dirigir la actividad profesional al estado miembro del consumidor”, *Revista Aranzadi de derecho patrimonial*, nº 34, 2014, pp. 166-167; J. HILL, *Cross-Border Consumer Contracts*, Oxford University Press, 2008, p. 142).

<sup>72</sup> En otros términos, serían tratados exactamente igual que un profesional. El carácter activo de la página no se debería a su configuración sino a otros factores externos, como por ejemplo la publicidad de la página fuera de la Red en el país del consumidor (en prensa, televisión, etc.) o la inclusión de hipervínculos en páginas locales que redirigirían al consumidor al sitio en el que se ubicara la página del profesional extranjero (*Vid.* I. HEREDIA CERVANTES, “Consumidor pasivo y comercio electrónico internacional a través de páginas Web”, *Revista jurídica Universidad Autónoma de Madrid*, nº 5, 2001, pp. 86-87; E. GÓMEZ VALENZUELA, “Websites activas y websites pasivas en el Derecho del comercio internacional”, *Revista de la contratación electrónica*, nº 116, 2011, pp. 25-43).

<sup>73</sup> Esta idea había sido ya utilizada por la jurisprudencia de Estados Unidos, que se negó a asumir competencia en un supuesto en el que el comerciante demandado en Nueva Jersey sobre la base de que su página web era accesible en dicho Estado. La decisión de la *Court of the District of New Jersey* de 12 de septiembre de 1997 rechazó que esta circunstancia fuera base competencia suficiente con el argumento de que la página web del demandado era puramente pasiva, limitándose a ofrecer información y fotografías de los hoteles que operaba el demandado (*Vid.* S. CAMACHO CLAVIJO, *Partes intervinientes, formación y prueba del contrato electrónico*, Reus, Madrid, 2005, p. 220).

<sup>74</sup> Cuando en nuestro ordenador se abre una página web solicitada por nuestro navegador somos nosotros los que nos “desplazamos” a la ubicación de dicha página web. Es el consumidor el que se dirige a la página web de que se trate; por tanto en estas circunstancias no podemos equiparar la habilitación de una página web en Internet con la realización de publicidad en todos los Estados desde los que es accesible dicha página web, de la misma forma en que no podemos cargar a un comerciante con establecimiento abierto en un determinado país con el riesgo de internacionalidad que pueda derivarse de que su local sea visitado por consumidores extranjeros o residentes en el extranjero, o que le sean realizados pedidos telefónicos o por correo electrónico desde otros países. La apertura de una página web pasiva, incluso aunque incluya datos para el contacto con el comerciante en cuestión, no debe, pues, ser una circunstancia que, por sí sola, permita interpretar que el comerciante dirige su actividad a todos los países desde los que es accesible la mencionada página (*Cfr.* R. ARENAS GARCÍA, “Competencia judicial internacional y acuerdos de sumisión en la contratación electrónica internacional”, *Estudios sobre consumo*, nº 85, 2008, p. 52).

<sup>75</sup> Una de las vías a través de las cuales las empresas de comercio electrónico que pretenden operar en varios mercados organizan su estructura es mediante la creación de sitios diferentes para los diversos países, no sólo como mecanismo que ayuda al control de los riesgos legales sino también como respuesta necesaria ante las diferentes preferencias lingüísticas, sociales y culturales existentes según los países, también en el seno de la UE (*Vid.* P.A. DE MIGUEL ASENSIO, “Mercado global y protección de los consumidores”, en L. COTINO HUESO (coord.), *Consumidores y usuarios ante las nuevas tecnologías*, Tirant lo Blanch, Valencia, 2008, pp. 163-167).

<sup>76</sup> La literalidad del precepto no distingue entre persona física y/o jurídica, lo que ha obligado a la doctrina a afirmar que sólo las personas físicas han de beneficiarse de tal régimen, a pesar de que en otros artículos, tales como el 1 o 24, sí que se

contractual, considerada más débil y jurídicamente menos experimentada<sup>77</sup>. El concepto de “consumidor” esbozado por el Tribunal de Luxemburgo incide que será aquella persona que celebra un contrato para un uso o que actúa con un fin “ajeno a su actividad profesional”<sup>78</sup>.

46. Pues bien, cuando el consumidor y el empresario, están domiciliados en algunos de los Estados que forman parte del ámbito espacial del Reglamento (UE) 1215/2012, el consumidor puede ejercitar su derecho a demandar a su cocontrante, ante los tribunales siguientes: o bien, puede interponer la demanda ante los tribunales del Estado miembro en que estuviera domiciliado el empresario, o bien, ante los tribunales del Estado miembro, donde está su propio domicilio<sup>79</sup>.

47. Estos foros son *intuitu personae*: el consumidor es el único con legitimidad procesal activa para invocarlos<sup>80</sup>. Es una regla de protección estrictamente procesal y por ello inalienable: el consumidor no puede ceder los derechos procesales que le otorga la Sección 4ª a un tercero. Si el consumidor cediese su derecho material a un tercero –no consumidor–, se aplicaría el régimen general<sup>81</sup>. De hecho, el TJUE en el asunto *Schrems*<sup>82</sup> deja muy claro que no puede invocarse el fuero del consumidor en el caso de 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. Por ende, a diferencia del Derecho interno español, interesa destacar que las asociaciones de consumidores no estarán legitimadas para el ejercicio de acciones en aquellos litigios en los que deba aplicarse el Reglamento (UE) 1215/2012. Es imprescindible que el demandante o demandado sea el propio consumidor de manera

---

encuentra tal distinción o precisión (*Vid.* A. ARROYO APARICIO, “Comentario al artículo 17” en P. BLANCO-MORALES LIMONES, F.F. GARAU SOBRINO, M.L. LORENZO GUILLÉN y F.J. MONTERO MURIEL (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*, Thomson Reuters Aranzadi, Navarra, 2016, p. 443).

<sup>77</sup> Los contratos enmarcados bajo las competencias exclusivas –art. 24 Reglamento (UE) 1215/2012– no son considerados contratos de consumo y por lo tanto no están bajo la protección de la Sección 4ª del Capítulo II del Reglamento (UE) 1215/2012. Tampoco lo estarán aquellos supuestos en los que aun interviniendo un consumidor no ha llegado a celebrarse un contrato formalmente (*Vid.* STJCE de 20 de enero de 2005, asunto C-27/02, *Engler* (EU:C:2005:33)).

<sup>78</sup> La reciente STJUE de 2 de mayo de 2019, asunto C-694/17, *Pillar Securitisation* (EU:C:2019:345) reitera la idea expuesta y seguida en su sólida jurisprudencia.

<sup>79</sup> En cuanto al primer foro de competencia, si el empresario profesional demandado se identifica en su página web con su domicilio aparente diferente de su domicilio real, habrá que estimar que el consumidor demandante debe poder demandar tanto en el país del domicilio ficticio, como en el país del domicilio real del empresario profesional. En ambos foros, es indiferente la situación física de los ordenadores desde los que se contrata y es indiferente también la situación física del servidor en la que se aloja la *webpage* que permite la contratación electrónica (*Vid.* J. CARRASCOSA GONZÁLEZ, “Operaciones internacionales de consumo” en A.-L. CALVO CARAVACA y J. CARRASCOSA GONZÁLEZ, *Derecho Internacional Privado*, vol. II, 17ª ed., Comares, Granada, 2017, pp. 1231-1232). Por ello, no hay razón para que la articulación de un derecho a nivel europeo excluya el ejercicio de otros derechos del consumidor otorgados por las legislaciones nacionales en atención a la tutela judicial efectiva del consumidor actor (*Vid.* A. DICKINSON, “Surveying the Proposed Brussels I bis Regulation: Solid Foundations but Renovation Needed”, *Yearbook of Private International Law*, vol. XII, 2010, pp. 273-274).

<sup>80</sup> Las normas de competencia judicial internacional previstas en el Reglamento (UE) 1215/2012, regulan la competencia judicial “internacional”, puesto que la competencia territorial, debe determinarse conforme a los criterios dispuestos en los ordenamientos procesales de los Estados miembros. No obstante, el párrafo segundo, del art. 18, constituye también una norma de competencia territorial, pues quedan directamente designados como tribunales competentes, los del domicilio (localidad) del consumidor; con ello se pretende asegurar que siempre y en todo caso sean los tribunales competentes aquellos donde el consumidor esté domiciliado (*Vid.* A. ARROYO APARICIO, “Comentario al artículo 18” en P. BLANCO-MORALES LIMONES, F.F. GARAU SOBRINO, M.L. LORENZO GUILLÉN y F.J. MONTERO MURIEL (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*, Thomson Reuters Aranzadi, Navarra, 2016, p. 460; P.A. NIELSEN y P. MANKOWSKI, P.: “Jurisdiction over consumer contracts” en U. MAGNUS y P. MANKOWSKI (eds.), *European Commentaries on Private International Law. Brussels Ibis Regulation-Commentary*, vol. 1, Otto Schmidt, Köln, 2016, pp. 509-514).

<sup>81</sup> *Cfr.* M. VIRGÓS SORIANO y F.J. GARCIMARTÍN ALFÉREZ, F.J., *Derecho Procesal Civil Internacional. Litigación Internacional*, 2ª ed., Thomson Civitas, Navarra, 2007, p. 173.

<sup>82</sup> STJUE de 25 de enero de 2018, asunto C-498/16, *Schrems* (EU:C:2018:37). Un magnífico comentario sobre dicho pronunciamiento, *vid.* C. Mª. CAAMIÑA DOMÍNGUEZ, “La noción de “consumidor” en internet: El asunto C-498/16, Maximilian Schrems y facebook Ireland Limited”, *Cuadernos de derecho transnacional*, vol. 11, n° 1, 2019, pp. 711-721).



personal. Sólo podrá invocarse la acción colectiva cuando de la misma se deriven una acumulación de acciones individuales, y por tanto, los consumidores sean los propios actores en el proceso<sup>83</sup>.

48. En cambio, cuando la acción es interpuesta por el empresario contra el consumidor, sólo podrán ser competentes para conocer de la misma los tribunales del Estado miembro en el que estuviera domiciliado el consumidor<sup>84</sup>.

## F) Pacto en la elección de tribunal

### a. Presupuestos iniciales

49. El empresario y consumidor pueden acudir a los tribunales expresamente pactados entre ellos. Para ello, es necesario que tal acuerdo se ajuste a lo legalmente contenido por el art. 19 Reglamento (UE) 1215/2012. A tenor de lo señalado en dicho precepto, el pacto ha de ser posterior al nacimiento del litigio y tal acuerdo debe permitir al consumidor interponer demandas ante tribunales distintos de los indicados por el propio Reglamento o que dicho pacto atribuya competencia a los tribunales del Estado miembro en que están domiciliado el consumidor y el profesional, siempre y cuando sea éste el mismo lugar<sup>85</sup>. En relación a este último la ley de ese Estado no deberá prohibir tal pacto.

50. Algunos autores señalan que podría ser razonable estimar ciertas condiciones de carácter formal, a pesar de que el art. 19 no exija ninguna<sup>86</sup>. Por ello, se puede tener en consideración aquellos requisitos formales impuestos por el art. 25, pues recoge el régimen uniforme y general sobre cláusulas de elección de foro. En cierto modo, se ha de tener en cuenta que, este último precepto establece la regla general, siendo lo dispuesto por el art. 19 la regla especial que ha de leerse siempre en clave de protección del consumidor<sup>87</sup>.

<sup>83</sup> Asimismo, la figura del consumidor sólo podrá ser persona física y no jurídica; sin embargo, en el Derecho español se admite que las personas jurídicas sin ánimo de lucro, en un ámbito ajeno a su actividad comercial o empresarial, sean calificadas como consumidores (*Vid.* D. CARRIZO AGUADO, *Régimen jurídico de las operaciones internacionales de consumo en los servicios turísticos digitales*, Dykinson, Madrid, 2018, p. 156).

<sup>84</sup> Se garantiza así la protección del consumidor *on line* que sólo puede verse demandado en el país de su domicilio, sin que tenga que desplazarse para defenderse ante los tribunales del domicilio del profesional (*Vid.* E. CASTELLANOS RUIZ, *Régimen jurídico de los consumidores: competencia judicial internacional y ley aplicable*, Comares, Granada, 2010, pp. 18-19). El consumidor *on line* es aquel que no dispone de mucho tiempo para poder examinar las condiciones generales, ya que se corre el riesgo de que cuando se vaya a comprar el billete, si se han leído todas las condiciones, la plaza ya no esté en venta o su precio haya subido, ya que la reserva que se efectúa está limitada en el tiempo y no se ha justificado por la demandada que el tiempo de reserva sea suficiente para leer las condiciones (*Vid.* SJM nº 5 de Madrid, de 30 de septiembre de 2013 [ES:JMM:2013:380]).

<sup>85</sup> Estas exigencias limitan la validez de las típicas cláusulas contenidas en los contratos internacionales de consumo que atribuyen la competencia a los tribunales del domicilio del profesional convirtiéndose en cláusulas nulas. Ello presenta problemas particulares en la contratación electrónica, esencialmente en los profesionales que ofrecen productos o servicios a través de la red (*Vid.* P. MAESTRE CASAS, “Tutela judicial de los consumidores en litigios transfronterizos” en M<sup>a</sup>.P. SANCHEZ BARRIOS (dir.), *Estudios sobre consumo*, Tirant lo Blanch, Valencia, 2012, pp. 306-307).

<sup>86</sup> A tales condiciones de fondo se les deben sumar condiciones de forma, las cuales se regirán por lo dispuesto, con carácter general, en los artículos 25 y 26 Reglamento (UE) 1215/2012, tales como que el acuerdo atributivo de jurisdicción se manifieste de forma expresa o tácita (ésta última se produce cuando el demandante presenta una demanda ante un determinado tribunal y el demandado comparece, siempre que dicha comparecencia no tenga por objeto impugnar la competencia judicial internacional). Una cláusula sobre jurisdicción contenida en las condiciones generales del contrato quedaría relegada en el caso de que se produjera una sumisión tácita. Por otro lado, se exige que el acuerdo que se haya celebrado por escrito o verbalmente con confirmación escrita (art. 25 Reglamento (UE) 1215/2012). Dichos acuerdos pueden designar, además de la competencia judicial internacional, la competencia territorial de los tribunales o bien solamente la territorial, quedando implícita la internacional (*Cfr.* S. FELIU ÁLVAREZ DE SOTOMAYOR, “Nulidad de las cláusulas de jurisdicción y ley aplicable a la luz de la Ley 3/2014 por la que se modifica el texto refundido de la Ley General para la Defensa de Consumidores y Usuarios”, *Revista Electrónica de Estudios Internacionales*, nº 29, 2015, pp. 6-7).

<sup>87</sup> *Vid.* A. ARROYO APARICIO, “Comentario al artículo 19” en P. BLANCO-MORALES LIMONES, F.F. GARAU SOBRINO, M.L. LORENZO GUILLÉN y F.J. MONTERO MURIEL (coords.), *Comentario al Reglamento (UE) nº 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, Navarra, 2016, pp. 467-468.

## b. Praxis habitual: la sumisión “on line”

51. La “sumisión electrónica” suele estar presente en contratos con condiciones generales. Como punto de inicio, es necesario que el contrato remita expresamente a las mismas<sup>88</sup>, pues ello se cumplirá cuando se abra, en la pantalla del ordenador o cualquier tipo de dispositivo electrónico, una ventana de forma automática que contenga el condicionado general, de manera que el adherente pueda leer su contenido. Además, las *webpages* deben contener un *link*, claramente visible y que conduzca a visionar el contenido completo de las diferentes cláusulas<sup>89</sup>.

52. El diseño de la *webpage* es fundamental para asegurar que las condiciones generales de los contratos, que en ella se puedan llegar a concluir, estén puestas al conocimiento del adherente, no sólo para ser consultadas sino también incorporadas en un enlace destacado facilitando así su accesibilidad. Por ello, es necesario que se cumpla lo anteriormente descrito con el fin de que el condicionado general integrante del contrato, pudiese ser impreso o guardado, bien, en la unidad central de procesamiento (CPU) o memoria central de un ordenador, o bien, en cualquier unidad periférica que pudiese poseer el destinatario. Claramente, esta obligación debe recaer sobre la figura del proveedor o vendedor para que así se garantice la autenticidad e integración de la información que se ofrece en la página web del mismo. De esta manera, la posición que ocupa el comprador en la contratación interactiva, no pueda verse dañada, pues la información que recibe durante el desarrollo del contrato, no resulte técnicamente alterada y la eventual aceptación expresa de la misma esté disponible para el aceptante y así proceder a su posterior lectura y archivo<sup>90</sup>.

53. Con fecha de 21 de mayo de 2015, el TJUE en el asunto C-322/14, *Jaouad El Majdoub* (EU:C:2015:334) desarrolla la inclusión de acuerdos atributivos de competencia judicial internacional para aquellos contratos celebrados en páginas *web* con condiciones generales. Lo central en este pronunciamiento gira en torno a que el demandante alegara que la *webpage* de la vendedora no se abrió de manera automática a la hora de proceder al registro ni tampoco a la hora de efectuar la compra<sup>91</sup>; lo imprescindible sería que para acceder a las condiciones generales de entrega y pago, se hubiera abierto una casilla de aceptación materializada con un “clic”: es la técnica denominada: “*click-wrapping*”<sup>92</sup>.

<sup>88</sup> Ahora bien, la evidencia empírica demuestra que para dar una clara indicación del contenido establecido en las condiciones contractuales se debe ofrecer al consumidor la oportunidad de leer tal condicionamiento y como tal mejorar la situación material de los consumidores en términos de bienestar; por ello Derecho y Economía se implementan y debe estar unidos en lo que concierne a los contratos de consumo (*Vid.* F. GÓMEZ POMAR y J.J. GANUZA FERNÁNDEZ, “The Role of Choice in the Legal Regulation of Consumer Markets: A Law and Economic Analysis”, *Indret: Revista para el Análisis del Derecho*, nº 1, 2014, pp. 5-8 y p. 23).

<sup>89</sup> *Vid.* J. CARRASCOSA GONZÁLEZ, y J.M. ALMUDÍ CID, “Contratos internacionales de consumo” en M. YZQUIERDO TOLSADA (dir.), A-L. CALVO CARAVACA (coord.), *Contratos: civiles, civiles, públicos, laborales e internacionales, con sus implicaciones tributarias*, vol. 17, Thomson Reuters Aranzadi, Navarra, 2014, pp. 790-791.

<sup>90</sup> *Cfr.* D. CARRIZO AGUADO y A. ÁLVAREZ RODRÍGUEZ, “Determinación de la competencia judicial internacional en aquellos contratos con condiciones generales celebrados vía on line: Análisis de la validez formal del pacto de sumisión expresa materializado con un “clic” en página web”, *Unión Europea Aranzadi*, nº 7, 2015, p. 85.

<sup>91</sup> La relevancia de determinar el momento exacto en que el contrato se perfecciona es importantísima (...). En la contratación electrónica es fácil encontrarse con condicionantes operativos que deben ser convenientemente garantizados de cara a salvaguardar la confiabilidad de las transacciones electrónicas. Algunos autores hablan del *time stamping*, para garantizar el almacenamiento, custodia y puesta a disposición de las declaraciones de voluntad expresadas por los intervinientes (*Vid.* G. OBREGÓN SIEGMUND, “La perfección del contrato en Internet según el ordenamiento jurídico español. Especial referencia al caso de las páginas web”, *Revista chilena de derecho y ciencia política*, vol. 3, nº 2, 2012, pp. 84-85).

<sup>92</sup> Hace referencia al modelo de contratación por el cual las condiciones y términos de un sitio *web* deben ser aceptados expresamente con anterioridad a completar una transacción, a través de un acto expreso que normalmente consiste en un “clic”. El hecho de “pulsar” sobre un botón con la leyenda “Acepto”, “I agree” o similar, supone la aceptación y así estar vinculado a la *web* con los términos de uso de ésta. En estos casos es el “clic” el que perfecciona el contrato entre las partes (*Vid.* A. DICKINSON y J. UNGERER, “Click Wrapping” choice of Court agreements in the Brussels I regime”, *Lloyd's Maritime and Commercial Law Quarterly*, 2016 pp. 15-19; A. LÓPEZ-TARRUELLA MARTÍNEZ, “La regulación en España de los contratos celebrados por los consumidores en Internet”, *Revista la propiedad inmaterial*, nº 9, 2006, pp. 80-81; A. WITTEWITZ y H. ARSLAN, H, “Gültigkeit von Gerichtsstandsvereinbarungen nach Art. 25 Abs. 2 EUGVVO durch “click wrapping”, *European Law Reporter*, 2015 pp. 74-77).

54. En principio no plantea problemas la admisión de estas fórmulas de manifestación del consentimiento a obligarse en un contrato, a pesar de que no están previstas expresamente en la mayoría de los sistemas jurídicos. Otra cuestión distinta supone determinar si estas fórmulas de aceptación no son suficientemente claras para presumir que el usuario las ha aceptado voluntariamente y por tanto queda obligado en los términos expuestos<sup>93</sup>.

## V. Observaciones finales

55. El funcionamiento al unísono de la justicia exige reducir al máximo la posibilidad de procedimientos paralelos y evitar que se dicten en dos Estados miembros resoluciones inconciliables. Todo esto parece confirmar que es conveniente prever un mecanismo claro y eficaz con objeto de resolver los casos de litispendencia y conexidad, y de obviar los problemas derivados de las divergencias nacionales sobre la fecha en la que un asunto se considera pendiente. Tomando como base los principios de la buena administración de la justicia y de eficiencia, en sede de prórroga tácita de la competencia, el hecho de no presentar observaciones no puede constituir una comparecencia en el sentido del art. 26 Reglamento (UE) 1215/2012 y, por tanto, no debe considerarse una aceptación tácita, por parte del demandado, de la competencia del órgano jurisdiccional ante el que se ha presentado la demanda.

56. Con arreglo a los razonamientos expuestos, el foro de la explotación de sucursales, agencias o cualquier otro establecimiento sustentado por el art. 7.5 Reglamento (UE) 1215/2012 nos lleva a una aclaración fundamental para aquellos litigios que se inicien ante los tribunales españoles frente a la empresa *Ryanair*, teniendo en cuenta que esta posee una “sucursal” en la ciudad de Girona. Por un lado, se debe tener presente que las obligaciones contraídas por la sucursal en nombre de la empresa matriz tienen que cumplirse en el Estado en que se encuentre dicha sucursal. Por otra parte, la sucursal ha de participar en la relación contractual con el comprador. Es por ello que, si no existen datos que permitan acreditar la intervención de la sucursal en la relación jurídica entre las partes en el litigio, el foro de ataque no podrá entrar en funcionamiento procesal.

57. Finalmente, es ineludible indicar que sólo serán operaciones de consumo aquellas obligaciones contractuales recogidas en el art. 17, apartado 1. Es decir, no todo contrato en el que participa un eventual consumidor es un contrato de consumo protegido por el Reglamento (UE) 1215/2012. Además, hay que mencionar que, no presentan plena protección vía Reglamento (UE) 1215/2012 los consumidores activos. Esta estimación realizada por el legislador europeo está pensada esencialmente para las contrataciones realizadas a través de Internet pues la consecuencia última de esta previsión no es otra que la de aceptar la posibilidad de que, en el ámbito de la UE, las empresas que practican el comercio electrónico podrán ser demandadas ante los tribunales de los Estados miembros donde están domiciliados los destinatarios de sus actividades. En este sentido, para que el Mercado único beneficie de manera efectiva a los consumidores debe asegurar no sólo la adquisición de bienes y servicios sino la obtención de reparación o indemnización en caso de conflicto; por ello, su verdadera protección conllevará el aumento de confianza en el Mercado interior y máxime en la era del boom digital en la que estamos inmersos. En verdad, es de vital importancia respetar el principio de la previsibilidad de las normas de competencia judicial internacional. Con todo, si en el *iter* procedimental no se conociera el domicilio del consumidor (foro de protección), ni se dispone de indicios probatorios, se debe acudir al criterio del último domicilio conocido para así garantizar un justo equilibrio entre los derechos de los litigantes.

<sup>93</sup> Vid. J.M. VELÁZQUEZ GARDETA, “Nuevos retos jurídicos planteados por las relaciones de consumo online” en C. LIMA MARQUES, D. P. FERNÁNDEZ ARROYO, I. RAMSAY y G. PEARSON (eds.), *The global financial crisis and the need for consumer regulation*, ASADIP, Porto Alegre, 2012, pp. 322-325.

EXTENSIÓN DEL CONVENIO ARBITRAL A TERCEROS  
Y ORDEN PÚBLICO INTERNACIONAL: COMENTARIO  
AL AUTO DEL TSJ DEL PAÍS VASCO (SALA DE LO CIVIL  
Y PENAL) NO. 277/2018, DE 7 DE NOVIEMBRE DE 2018

EXTENSION OF THE ARBITRATION AGREEMENT TO A  
THIRD PARTY AND INTERNATIONAL PUBLIC POLICY:  
COMMENTARY ON THE ORDER OF THE TRIBUNAL  
SUPERIOR DE JUSTICIA (HIGH COURT OF JUSTICE) OF  
THE BASQUE COUNTRY (CIVIL AND CRIMINAL CHAMBER)  
NO. 277/2018, OF NOVEMBER 7<sup>TH</sup>, 2018

MARTA CASADO ABARQUERO\*

*Profesora contratada doctora  
Universidad de Deusto*

ORCID ID 0000-0002-7228-4044

Recibido: 18.06.2019 / Aceptado: 11.07.2019

DOI: <https://doi.org/10.20318/cdt.2019.4975>

**Resumen:** En el presente auto el Tribunal Superior de Justicia del País Vasco analiza los presupuestos que deben concurrir para que la extensión de los efectos de un convenio arbitral a terceros no firmantes del mismo sea respetuosa con el orden público del foro. Igualmente, analiza algunos aspectos procesales previos, tales como la viabilidad de instar una solicitud de no-reconocimiento del laudo extranjero, o de solicitar el reconocimiento de un laudo parcial.

**Palabras clave:** convenio arbitral, consentimiento, orden público, derecho fundamental a la tutela judicial efectiva, exequátur, solicitud de no reconocimiento.

**Abstract:** In this ruling, the High Court of Justice of the Basque Country analyzes the conditions that must be met so that the extension of the effects of an arbitration agreement to a non-signatory third party is respectful of the public order of the forum. It also analyzes some previous procedural aspects, such as the viability of an application for the non-recognition of the foreign award, or of the request of recognition of a partial award.

**Keywords:** arbitration agreement, consent, public policy, fundamental right to the effective judicial protection, exequatur, application for non-recognition.

**Sumario:** I. Antecedentes de hecho. II. Eficacia extraterritorial de laudos arbitrales extranjero en España: Marco jurídico. II.1 En relación con el exequátur. II.2 En relación con la ejecución material. III. Solicitud de no-reconocimiento: herramienta procesal o extravagancia jurídica. IV.

---

\* Este artículo ha sido desarrollado en el marco del Proyecto “Mecanismos de Reclamación de DDHH a nivel operativo”; DER 2017-87712-R del MINECO y FEDER

Implicaciones del orden público en material arbitral. IV.1 La noción de orden público en arbitraje internacional. IV.2 Orden público y extensión del convenio arbitral a terceros. IV.3 Orden público y costas procesales. V. Reconocimiento del laudo parcial. VI. Valoración.

## I. Antecedentes de hecho

1. El 29 de abril de 2003 ACERIES DE L'OUEST S.A.R.L. (en lo sucesivo, ADO) firmó un contrato con la empresa español BASCOTECNIA STEEL, S.L. por el que esta última vendía a la empresa argelina un laminador de acero en la ciudad argelina de M'Sila por un precio aproximado de 30 millones de euros. Entre las obligaciones de BASCOTECNIA STEEL se incluían la construcción del laminador, la puesta en funcionamiento del mismo y la formación del personal local. Además, el contrato contenía un convenio arbitral por el que las partes acordaban someter las discrepancias relativas a la interpretación y ejecución del mismo a la Corte Internacional de Arbitraje de la Cámara de Comercio Internacional de París (en lo sucesivo, CCI). En este punto conviene resaltar que desde su constitución en el año 2003, BASCOTECNIA STEEL es una sociedad participada al 33% por INGETEAM POWER TECHNOLOGY, S.A., INDUSTRIAL LAGUN ARTEA, S.A. y BASCOTECNIA, S.A.

2. BASCOTECNIA STEEL subcontrató parte de los trabajos con las sociedades que la participan. Concretamente: (i) BASCOTECNIA vendió a BASCOTECNIA STEEL un horno, grúas, naves, una estación de tratamientos de aguas y una enderezadora que esta última revendería a ADO como parte del laminador de acero en M'Sila; (ii) INGETEAM suministró a BASCOTECNIA STEEL parte de los equipos eléctricos y programas de automatismo, así como parte de la supervisión del montaje y de la puesta en marcha de las instalaciones eléctricas destinados al cliente argelino; (iii) LAGUN ARTEAN suministró a BASCOTECNIA STEEL elementos mecánicos del laminador vendido a la empresa argelina y formó al personal local en la etapa de montaje de los equipos mecánicos y de la puesta en servicio del laminador.

Sin embargo, las subcontratistas, como personas jurídicas independientes, no tienen relación alguna con el cliente final. Es decir, ni BASCOTECNIA, ni LAGUN ARTEAN, ni INGETEAM son, ni han sido nunca, parte del contrato que ADO y BASCOTECNIA STEEL firmaron. Nunca han suscrito un convenio arbitral con ADO y nunca han percibido cantidad alguna de la entidad argelina.

Pese a esta aparente desafección contractual de las subcontratistas, se debe señalar que en el año 1993 se había creado la agrupación de interés económico BASCOTENIA EMPRESAS AGRUPADAS A.I.E., que tenía como miembros, entre otras, a INGETEAM POWER TECHNOLOGY, S.A., INDUSTRIAL LAGUN ARTEA, S.A. y BASCOTECNIA, S.A. Esta A.I.E. el 22 de febrero de 2003 había firmado con la empresa argelina un contrato para la realización de una fábrica productora de redondo para hormigón de diversos diámetros y perfiles, contrato que tras la constitución el 24 de abril de 2003 de BASCOTECNIA STEEL, S.L. fue sustituido por el contrato litigioso. Pues bien, ya el contrato inicial entre ADO y la A.I.E. contenía el mismo convenio arbitral que posteriormente se incorporaría al de 29 de abril de 2003.

3. En este contexto, el origen procesal del Auto del Tribunal Superior de Justicia de 7 de noviembre de 2018 que analizamos en este artículo se remonta a 2012, año en que ADO, amparándose en un supuesto incumplimiento del contrato de venta del laminador, interpuso una demanda arbitral ante la CCI de París por un importe de 30 millones de euros. Sin embargo, la demanda no la dirigió únicamente contra BASCOTECNIA STEEL, S.L., sino que demandó también a INGETEAM POWER TECHNOLOGY, S.A., INDUSTRIAL LAGUN ARTEA, S.A. y BASCOTECNIA, S.A., en su condición de suministradoras de BASCOTECNIA STEEL, y por la participación del 33% que cada una de ellas ostentaba en el capital social de ésta.

4. La CCI de París se declaró competente para conocer de la demanda arbitral contra las cuatro mercantiles en virtud de la teoría de la implicación, teoría que según el derecho francés establece que el consentimiento expreso de un tercero es innecesario para que haya sumisión a arbitraje puesto que la implicación en la ejecución del contrato es suficiente para entender que existe consentimiento al convenio arbitral y renuncia a la jurisdicción ordinaria de los tribunales españoles. En este sentido, entendía que la

implicación de las tres sociedades vascas subcontratistas y suministradoras de equipos a BASCOTECNIA STEEL era suficiente para concluir que estaban dando su consentimiento a una cláusula de arbitraje incorporada a un contrato que no habían firmado, es decir, el contrato entre BASCOTECNIA STEEL y ADO. Como consecuencia de ello, se dictaron las siguientes decisiones arbitrales: 1ª) Laudo parcial No. 2, de 29 de septiembre de 2005, sobre desestimación de las excepciones de falta de competencia arbitral; 2ª) Laudo parcial No. 3, de 19 de octubre de 2016 sobre exoneración de responsabilidad contractual y extracontractual, a INGETEAM POWER TECHNOLOGY, S.A., INDUSTRIAL LAGUN ARTEA, S.A. y BASCOTECNIA, S.A., por considerar que no eran parte en el contrato de 29 de abril de 2003 entre ADO y BASCOTECNIA STEEL, S.L; 3ª) Laudo parcial No. 4 de 13 de abril de 2017, de liquidación de costas en el que se impone a INGETEAM POWER TECHNOLOGY, S.A., INDUSTRIAL LAGUN ARTEA, S.A. y BASCOTECNIA, S.A. las costas derivadas exclusivamente de la desestimación de la excepción de falta de competencia que ellas plantearon ante el tribunal arbitral.

5. Frente a esta batería de laudos arbitrales, INGETEAM POWER TECHNOLOGY, S.A., INDUSTRIAL LAGUN ARTEA, S.A. y BASCOTECNIA, S.A. interponen ante el TSJ del País Vasco demanda de no reconocimiento de los Laudos parciales No.º 2 y 4, fundando sus pretensiones en la vulneración del orden público: (i) Por falta de consentimiento arbitral (Laudos parciales No.º 2 y 4); (ii) Por falta de motivación (Laudo Parcial No. 4). Por su parte, ADO plantea demanda reconvenicional frente a INGETEAM POWER TECHNOLOGY, S.A., INDUSTRIAL LAGUN ARTEA, S.A. y BASCOTECNIA, S.A., en relación con el Laudo parcial No. 4, de imposición de costas.

## II. Eficacia extraterritorial de laudos arbitrales extranjero en España: Marco jurídico

### II.1. En relación con el exequátur

6. La determinación de los efectos jurídicos de los laudos extranjeros en nuestro país es una cuestión regulada por el Convenio de Nueva York de 10 de junio de 1958, sobre reconocimiento y ejecución de las sentencias arbitrales extranjera (en lo sucesivo, “CNY 1958”)<sup>1</sup>, en vigor en nuestro país desde el 10 de agosto de 1977. Así lo dispone el artículo 46.2 de la Ley 60/2003, de 23 de diciembre, de Arbitraje (en lo sucesivo, “LA”), según el cual “*El exequátur de laudos extranjeros, se regirá por el Convenio sobre reconocimiento y ejecución de las sentencias arbitrales extranjeras, hecho en Nueva York, el 10 de junio de 1958, sin perjuicio de lo dispuesto en otros convenios internacionales más favorables a su concesión, y se sustanciará según el procedimiento establecido en el ordenamiento procesal civil para el de sentencias dictadas por tribunales extranjeros*”.

Este convenio internacional tiene carácter *erga omnes*, es decir, es aplicable al reconocimiento y ejecución de cualquier laudo arbitral extranjero, sin limitar su alcance a arbitrajes vinculados a otros Estados parte en el convenio, puesto que España no hizo uso de la denominada “reserva de reciprocidad” del artículo I.3 CNY 1958<sup>2</sup>. Por ello, el CNY 1958 es la norma general en el sistema español de eficacia extraterritorial de laudos arbitrales procedentes de otros estados.

7. No obstante su alcance general, tanto el Convenio de Nueva York como la Ley de Arbitraje consagran el llamado “principio de mayor favorabilidad”. El artículo 46.2 LA prevé la aplicación del Convenio de Nueva York “...sin perjuicio de lo dispuesto en otros convenios internacionales más favorables a la concesión del exequátur...”. Por su parte, el Artículo VII del Convenio de Nueva York prevé que “*Las disposiciones de la presente Convención no afectarán la validez de los acuerdos multilaterales*

<sup>1</sup> Instrumento de Adhesión de España al Convenio sobre reconocimiento y ejecución de sentencias arbitrales extranjeras, hecho en Nueva York el 10 de junio de 1958. BOE núm. 164, de 11 de julio de 1977.

<sup>2</sup> Según el artículo I.3, “*En el momento de firmar o de ratificar la presente Convención, de adherirse a ella o de hacer la notificación de su extensión prevista en el artículo X, todo Estado podrá, a base de reciprocidad, declarar que aplicará la presente Convención al reconocimiento y a la ejecución de las sentencias arbitrales dictadas en el territorio de otro Estado Contratante únicamente (...)*”. La situación actual del Convenio se puede conocer a través de la siguiente página web: [https://treaties.un.org/pages/ViewDetails.aspx?src=TREATY&mtdsg\\_no=XXII-1&chapter=22&lang=en](https://treaties.un.org/pages/ViewDetails.aspx?src=TREATY&mtdsg_no=XXII-1&chapter=22&lang=en)

*o bilaterales relativos al reconocimiento y la ejecución de las sentencias arbitrales concertados por los Estados contratantes ni privará 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*". De esta forma, ambos instrumentos jurídicos resuelven los problemas de concurrencia normativa que pudieran surgir entre el Convenio de Nueva York y otros convenios internacionales o, incluso, entre el Convenio de Nueva York y el propio Derecho interno en materia de exequatur de laudos extranjeros<sup>3</sup>.

8. En relación con los aspectos procesales, la tramitación del exequatur de resoluciones arbitrales extranjeras se rige por el artículo IV CNY 1958, si bien en aquellas cuestiones no reguladas por éste, el propio artículo III CNY 1958 remite a las *"normas de procedimiento vigentes en el territorio donde la sentencia sea invocada"*. En nuestro caso, tal remisión lo es a los artículos 41 a 61 de la Ley 29/2015, de 30 de julio, de cooperación jurídica internacional en materia civil (en lo sucesivo, "LCJIMC"). Y ello porque, aunque la Ley de Arbitraje prevalece sobre ésta en virtud del principio de especialidad<sup>4</sup>, en su artículo 46.2 LA afirma que *"El exequátur de laudos extranjeros (...) se sustanciará según el procedimiento establecido en el ordenamiento procesal civil para el de sentencias dictadas por tribunales extranjeros"*.

Además, otras normas procesales de nuestro ordenamiento jurídico regulan aspectos tales como la competencia objetiva y funcional para la tramitación de los expedientes de exequatur de laudos arbitrales extranjeros. Los artículos 73.1.c) LOPJ y 8.6 LA atribuye el conocimiento de los mismos a la Sala de lo Civil y Penal del Tribunal Superior de Justicia de la Comunidad Autónoma del domicilio o residencia de la parte frente a la que se solicita el reconocimiento o, subsidiariamente, del lugar de ejecución o donde la resolución haya de surtir efecto.

## II.2. En relación con la ejecución material

9. En todo caso, ni el Convenio de Nueva York ni la Ley de Arbitraje regulan la ejecución material de los laudos extranjeros, cuestión que según el artículo 8.6 LA *in fine* queda sujeta a las normas españolas de producción interna (*"Para la ejecución de laudos o resoluciones arbitrales extranjeros será competente el Juzgado de Primera Instancia con arreglo a los mismos criterios"*).

10. En la resolución analizada ninguna de las partes parece haber instado la ejecución material del laudo, sino que se han limitado a solicitar la declaración de ejecutividad o no-ejecutividad del laudo dictado por la CCI de París. En cualquier caso, conviene resaltar que aunque el artículo 54.1 LCJIMC admite que la demanda de exequatur y la solicitud de ejecución puedan acumularse en un mismo escrito, ésta no parece una opción factible cuando de laudos arbitrales se trata. Nótese que mientras la competencia funcional para la homologación del laudo está atribuida a las Salas de lo Civil y Penal de los Tribunales Superiores de Justicia, la ejecución material del mismo compete a los Juzgados de Primera Instancia de conformidad con los artículos 85.5 LOPJ y 8.6 LA. Y para que la acumulación esté legalmente permitida, el artículo 73.1.1º LEC exige que el Tribunal que debe entender de la acción principal (en nuestro caso, de la demanda de exequatur) posea jurisdicción y competencia por razón de la materia para conocer de la acumulada (en nuestro caso, de la acción ejecutiva), presupuestos que no concurren en este caso.

<sup>3</sup> En este sentido, F. J. GARCIMARTÍN ALFÉREZ / S. SÁNCHEZ FERNÁNDEZ, "Sobre el reconocimiento en España de laudos arbitrales extranjeros anulados o suspendidos en el Estado de origen", *Cuadernos de Derecho Transnacional*, Vol. 8, Nº 1, 2016, pp. 112-113

<sup>4</sup> En relación con la jerarquía de fuentes aplicables en el ámbito de la cooperación jurídica en materia civil, el artículo 2 LCJIMC dispone que *"La cooperación jurídica internacional en materia civil y mercantil, se rige por: a) Las normas de la Unión Europea y los tratados internacionales en los que España sea parte; b) Las normas especiales del Derecho interno; c) Subsidiariamente, por la presente ley"*. Y en la Disposición Adicional Primera e) confiere a la Ley de Arbitraje la consideración de norma especial en materia de cooperación jurídica internacional en materia civil y mercantil.

### III. Solicitud de no-reconocimiento: herramienta procesal o extravagancia jurídica

11. La delimitación del marco jurídico aplicable en España para atribuir eficacia extraterritorial a las resoluciones arbitrales dictadas fuera de nuestro país es esencial para comprender y resolver la solución dada por el TSJ del País Vasco a las pretensiones de las demandantes de solicitar el no-reconocimiento de los Laudos No. 2 y 4.

12. Como es sabido, mediante el instrumento del reconocimiento se solicita la homologación de una resolución extranjera, dotándola de todos los efectos procesales que le son propios salvo el efecto ejecutivo (es decir, se le dota del efecto constitutivo, del efecto tipicidad y del efecto de cosa juzgada material<sup>5</sup>). Mediante el instrumento del exequatur se convierte a una resolución extranjera en título ejecutivo, de forma que pueda desplegar eficacia ejecutiva en nuestro país como un título ejecutivo cualquiera. Ésta es la tradicional distinción entre reconocimiento y exequatur que no siempre ha sido correctamente entendida por nuestros tribunales, ni por nuestro legislador. La peculiaridad de la resolución analizada radica en que el tribunal debe resolver sobre la solicitud de no-reconocimiento planteada por INGTEAM POWER TECHNOLOGY, S.A., INDUSTRIAL LAGUN ARTEA, S.A. y BASCOTECNIA, S.A. Las demandadas en el procedimiento arbitral recurren de esta forma a una herramienta procesal bastante desconocida en nuestro sistema de eficacia extraterritorial de decisiones. Y lo hacen para conseguir un blindaje jurídico frente ADO, anticipándose a una eventual demanda de reconocimiento por parte de la empresa argelina y adelantando, a través de un procedimiento con sustantividad propia, los motivos de oposición al mismo. Pretenden con ello, en definitiva, conseguir la estabilidad jurídica necesaria para el desarrollo de su actividad económica y comercial.

13. El TSJ del País Vasco llega a la solución correcta al admitir la posibilidad de instar el no-reconocimiento, pero prescinde de un argumento legal de entidad que hubiera contribuido a reforzar su posición jurídica frente a esta cuestión. Acertadamente, en la resolución analizada el tribunal manifiesta que *“la situación jurídica de gravamen en que se encuentran las demandantes (interés legítimo) es digna de protección y justifica la iniciativa de solicitar una protección anticipada de un derecho que se cree conculcado, mediante una formulación directa apoyándose en las causales de denegación, pues la postura de mera resistencia u oposición a la demanda de reconocimiento, no garantizaría la protección de unos intereses que, por ser legítimos, no estarían suficientemente tutelados si se hiciera depender su defensa, únicamente, de la conducta adoptada por la contraparte”*. En definitiva, entiende que la solicitud de no-reconocimiento es una pretensión legítima que debe ser acogida puesto que el Convenio de Nueva York de 1958 *“(…) no impone el reconocimiento y prevé la posibilidad de denegarlo cuando se cumplan las causales de denegación, y, no prohíbe la solicitud de no reconocimiento del laudo extranjero”*.

14. Sin embargo, no justifica la viabilidad técnica de la solicitud en el artículo 42.2 LCJIMC, precepto que expresamente introduce en nuestro ordenamiento jurídico la posibilidad de instar el no-reconocimiento de una resolución extranjera (en el contexto de la regulación del procedimiento de exequatur, el artículo 42.2 LCJIMC dispone que *“El mismo procedimiento se podrá utilizar para declarar que una resolución extranjera no es susceptible de reconocimiento en España por incurrir en alguna de las causas de denegación previstas en el artículo 46”*).

El TSJ del País Vasco entiende que el artículo 42 LCJIMC no es de aplicación al caso puesto que la remisión efectuada por el artículo 46.2 LA y III CNY 1958 lo es a las normas internas que regulan el procedimiento judicial de exequatur. Esto es, exclusivamente a los artículos 52 a 55 LCJIMC, artículos que integran el Capítulo IV “Del procedimiento judicial de exequatur”. Sin embargo, y es aquí donde en nuestra opinión radica el error, olvida que este Capítulo IV de la LCJIMC se integra en el Título V, relativo al “Reconocimiento y ejecución de resoluciones judiciales y documentos públicos extranjeros, del procedimiento de exequatur y de la inscripción en Registros públicos”, y que este Título V comienza con

<sup>5</sup> A. L. CALVO CARAVACA, J. CARRASCOSA GONZÁLEZ, *Derecho Internacional Privado*, 18ª ed., Ed. Comares, Granada, 2018, vol. I, pp. 383 y 384.



el Capítulo I (artículos 41 a 43), sobre “Disposiciones Generales” aplicables al resto de capítulos del mismo<sup>6</sup>. Por lo tanto, este artículo 42 LCJIMC es plenamente aplicable para resolver la cuestión de la viabilidad técnica de una solicitud de no-reconocimiento de la resolución arbitral dictada por la CCI de París<sup>7</sup>.

15. En todo caso, la resolución analizada resuelve con acierto la duda que la solicitud negativa de reconocimiento plantea en un contexto armonizado. De esta forma, aunque el Convenio de Nueva York de 1958 sobre el reconocimiento y la ejecución de las sentencias arbitrales extranjeras no reconoce expresamente tal posibilidad, no parece que la misma contravenga su principio inspirador, favorable al reconocimiento y ejecución de laudos arbitrales extranjeros y cuyo fundamento se encuentra en la presunción de regularidad, validez y eficacia del convenio de arbitraje, y también en la presunción de la regularidad y eficacia del laudo arbitral.

16. Esta misma afirmación pudiera hacerse también extensible a los reglamentos comunitarios en materia de cooperación judicial en material civil y mercantil, liderados todos ellos por el Reglamento 1215/2012 del Parlamento Europeo y del Consejo, de 12 de diciembre de 2012, relativo a la competencia judicial, el reconocimiento y la ejecución de resoluciones judiciales en materia civil y mercantil<sup>8</sup>. La solicitud de no-reconocimiento no parece menoscabar la eficacia extraterritorial de una resolución dictada por los tribunales de un Estado miembro. El perjudicado por la misma podría solicitar la declaración negativa de reconocimiento, anticipando así el análisis de la resolución judicial extranjera y todo ello sin merma alguna de la eficacia extraterritorial de la misma puesto que el resultado del control de las causas de denegación sería el mismo<sup>9</sup>. Dicho en otros términos, con esta herramienta jurídica se anticiparía el análisis de una resolución judicial dictada por los tribunales de otro estado miembro, de forma que la iniciativa procesal del reconocimiento no correspondería en exclusiva al acreedor o beneficiado por la resolución cuya eficacia extraterritorial se quiere hacer valer. En definitiva, la seguridad jurídica y estabilidad de las relaciones jurídico-privadas se verían reforzadas sin menoscabo alguno de la libre circulación de sentencias que inspira el sistema de reconocimiento y ejecución de resoluciones judiciales en el seno de la Unión Europea.

17. Sin embargo, no debemos obviar que esta tesis también tiene lagunas puesto que el único reglamento comunitario que alude expresamente a la solicitud de no-reconocimiento es el Reglamento (CE) n° 2201/2003 del Consejo, de 27 de noviembre de 2003, relativo a la competencia, el reconocimiento y la ejecución de resoluciones judiciales en materia matrimonial y de responsabilidad parental, por el que se deroga el Reglamento (CE) n° 1347/2000<sup>10</sup>. De ello se infiere que esta solicitud negativa de reconocimiento no es un instrumento jurídico desconocido para el legislador comunitario por lo que el silencio que el resto de instrumentos comunitarios en la materia guardan podría interpretarse como un rechazo implícito del mismo<sup>11</sup>.

<sup>6</sup> El procedimiento de exequatur regulado por la LCJIMC no sólo sirve para autorizar la ejecución *stricto sensu* de una resolución judicial extranjero, 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, N° 2, 2015, p. 160.

<sup>7</sup> Sobre los aspectos procesales de la solicitud de no-reconocimiento, vid. F. GARAU SOBRINO, “Artículo 42. Procedimiento de exequatur”, 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, p.489-490.

<sup>8</sup> DOUE L 351, de 20 diciembre 2012.

<sup>9</sup> En cualquier caso, no se trata de una solución pacífica en los ordenamientos europeos. Los tribunales griegos, por ejemplo, se han mostrado contrarios a admitir una solicitud de no-reconocimiento de una orden inglesa en Grecia en aplicación del art. 39 del Reglamento Bruselas I, por considerarla contraria a la libre circulación de resoluciones judiciales en que se inspira la norma comunitaria. En este sentido, A. ANCIOS, “Reconocimiento y ejecución de sentencias extranjeras según el reglamento Bruselas I en Grecia”, *Anuario español de derecho internacional privado (AEDIPR)*, Vol. 13, 2013, p. 593.

<sup>10</sup> DOUE L 338, de 23 de diciembre 2003. Este reglamento, en su artículo 21.3 establece que “cualquiera de las partes interesadas podrá, de conformidad con los procedimientos previstos en la sección 2, solicitar que se resuelva sobre el reconocimiento o no reconocimiento de una resolución”.

<sup>11</sup> El TJUE no se han pronunciado aún sobre este extremo. Sí lo ha hecho en relación con la solicitud de no reconocimiento

#### IV. Implicaciones del orden público en material arbitral

18. El Convenio de Nueva York de 1958 está inspirado por un principio favorable al reconocimiento y ejecución de la sentencia arbitral extranjera, así como por la prohibición de revisión en cuanto al fondo del asunto. Ello se infiere de la exigencia ineludible a los Estados contratantes de reconocer la autoridad de la sentencia arbitral y conceder su ejecución, que tan sólo podrá denegarse por motivos expresamente tasados. La Convención especifica seis razones por las que se puede denegar el reconocimiento y la ejecución de una sentencia arbitral a instancia de la parte contra la cual es invocada. Tales razones son: (i) La incapacidad de las partes; (ii) Inexistencia o invalidez del acuerdo de arbitraje; (iii) Inobservancia de los derechos de defensa en el procedimiento arbitral; (iv) Incongruencia del laudo arbitral; (v) Constitución irregular del Tribunal arbitral o irregularidades del procedimiento arbitral; (vi) Y la anulación o suspensión de la sentencia arbitral en el país en el cual, o conforme a la ley del cual, se ha dictado<sup>12</sup>. La Convención específica, además, otras dos razones en virtud de las cuales un tribunal puede, de oficio, negarse a reconocer y ejecutar una sentencia. Estas razones aluden a materias no susceptibles de arbitraje y a que el reconocimiento o ejecución del laudo arbitral sean contrarios al orden público del Estado requerido<sup>13</sup>.

19. En este marco legal, el orden público es el único motivo que entraña en sentido estricto un control de fondo de la decisión arbitral, siendo la única y exclusiva excepción a la regla de la prohibición de revisión del fondo del laudo arbitral. Por este motivo, el recurso a la noción de orden público suele ser el subterfugio procesal utilizado para convertir los procedimientos de reconocimiento y ejecución de un laudo en una suerte de segunda instancia. Consciente de esta realidad, el TSJ del País Vasco acertadamente afirma en su Fundamento de Derecho Cuarto, apartado 4.1.2., que *“resulta razonable sostener que la noción de orden público sólo debe utilizarse para evitar el reconocimiento de un laudo que contradiga de forma manifiesta principios fundamentales, no aquéllos otros que, por muy discutible que pueda llegar a ser, no chocan o conculcan los principios nucleares de nuestra convivencia. Debe ser un control ejercitado a partir, como con anterioridad señalábamos, de una concepción limitada del orden público y en un contexto donde el respeto y sincero reconocimiento de la autonomía del arbitraje internacional no conlleve sacrificar los principios fundamentales de cada ordenamiento jurídico en particular ni de la comunidad internacional en general”*. Así las cosas, es preciso determinar con la mayor claridad y precisión posible el alcance de la noción de orden público a la que alude el artículo V.2 CNY 1958.

##### IV.1 La noción de orden público en arbitraje internacional

20. La excepción del orden público se encuentra reconocida en diferentes instrumentos. Por ejemplo, el artículo V.2.b) CNY 1958, dispone que *“(…) se podrá denegar el reconocimiento y la ejecución de una sentencia arbitral si la autoridad competente del país en que se pide el reconocimiento y la ejecución, comprueba: (…); b) Que el reconocimiento o la ejecución de la sentencia serían contrarios al orden público de ese país”*. Por su parte, aunque la Ley de Arbitraje no resulta de aplicación al caso puesto que en este punto resulta desplazada por el Convenio de Nueva York, contiene una precisión similar en su artículo 41.1 f). Además, la excepción de orden público no es exclusiva del arbitraje comercial internacional, consagrándose también como motivo de oposición al reconocimiento de la efica-

---

en el marco de una decisión de restitución de menor (STJUE de 11 de julio 2008, C-195/08, Rinau, ECLI:EU:C:2008:406). Entre los objetivos que según el TJUE puede perseguir una solicitud de no reconocimiento estarían aquellos *“ya sean de orden material, en particular los relativos al interés superior del menor o a la estabilidad y tranquilidad de la familia, ya sean de naturaleza procedimental”*. Sobre el análisis esta resolución y la apuesta del Tribunal por el *favor executionis*, vid. A. ESPINIELLA MENÉNDEZ, “Solicitud de no reconocimiento de una decisión de restitución-Admisibilidad de alegaciones por la parte beneficiada por el reconocimiento: Sentencia del Tribunal de Justicia de las Comunidades Europeas (Sala Tercera), de 11 de julio de 2008”, *Revista española de derecho internacional (REDI)*, Vol. 60, 2008, p. 601-602.

<sup>12</sup> Cfr. Art. V.1 CNY 1958.

<sup>13</sup> Cfr. Art. V.2 CNY 1958.

cia extraterritorial de resoluciones judicial en los reglamentos comunitarios sobre cooperación judicial internacional en materia civil y mercantil<sup>14</sup>.

**21.** Pese a su general admisibilidad como motivo de impugnación, el concepto de orden público es uno de los más difíciles de ser explicados por la doctrina jurídica<sup>15</sup>. En su carácter vago e imprecisión se ha visto una fuente de peligro, hasta el punto de que algunos reglamentos comunitarios relativos a la eficacia extraterritorial de resoluciones judiciales dentro de la Unión Europea han optado abiertamente por su supresión<sup>16</sup>. Se caracteriza por la tradicional dificultad de su definición o concreción, así como por su carácter evolutivo y mudable en el espacio y en el tiempo<sup>17</sup>, careciendo de un contenido autónomo y uniforme<sup>18</sup>. Por su parte, como acertadamente señala la resolución analizada, el TJUE al interpretar la noción de orden público utilizada por el Convenio de Bruselas de 1968 y sus descendientes legislativos ha matizado que no le corresponde a él definir el contenido del concepto de orden público del Estado requerido, si bien sí puede controlar los límites dentro de los cuales los Tribunales nacionales pueden recurrir a este concepto como motivo de denegación del reconocimiento. Se trata en todo caso de un concepto estrictamente nacional y, en todo caso, de aplicación excepcional respecto del cual el TJUE únicamente ha llegado a definir qué no es, precisando que se trata de una violación manifiesta de una norma considerada esencial o de un derecho reconocido como fundamental por el ordenamiento del Estado receptor<sup>19</sup>.

**22.** En cualquier caso, el Tribunal Constitucional en su sentencia 43/1986, de 15 de abril<sup>20</sup>, puso de manifiesto la vertiente constitucional del orden público y subrayó que *“El concepto de orden público ha adquirido una nueva dimensión a partir de la vigencia de la Constitución de 1978. Aunque los derechos fundamentales y libertades públicas que la Constitución garantiza sólo alcanzan plena eficacia allí donde rige el ejercicio de la soberanía española, nuestras autoridades públicas, incluidos los Jueces y Tribunales, no pueden reconocer ni recibir resoluciones dictadas por autoridades extranjeras que supongan vulneración de los derechos fundamentales y libertades públicas garantizados constitucionalmente a los españoles o, en su caso, a los españoles y extranjeros”* (FJ 4)<sup>21</sup>.

<sup>14</sup> Sobre el orden público y el arbitraje internacional, G. JIMÉNEZ BLANCO, “El orden público como excepción al reconocimiento y ejecución de laudos extranjeros”, *Revista del Club España del Arbitraje*, 2019, pp. 73-95.

<sup>15</sup> L. LÓPEZ ZAMORA, “Comentarios sobre el orden público internacional en sede arbitral internacional, su funcionalidad y su interrelación con el Derecho Internacional Público”, *Cuadernos de Derecho Transnacional*, Vol. 10, Nº 2, 2018, p. 517.

<sup>16</sup> Así, por ejemplo, el Reglamento 861/2007, de 11 de julio de 2007, por el que se establece un proceso europeo de escasa cuantía (DOUE L 199, de 31 de julio 2007), Reglamento 1896/2006, de 12 de diciembre de 2006, por el que se establece un proceso monitorio europeo (DOUE L 399, de 30 de diciembre 2006) o el Reglamento 805/2004, de 21 de abril de 2004, por el que se establece un título ejecutivo europeo para créditos no impugnados (DOUE L 143, de 30 de abril 2004).

<sup>17</sup> Se ha hablado, así, de su vertiente política, su vertiente moral, su vertiente social, su vertiente económica; Se ha aludido igualmente a un orden público de dirección frente a otro de protección; Se ha hablado de una dimensión de Derecho público y otra de Derecho privado; De un orden público material y un orden público procesal; De un orden público interno y un orden público internacional y, más allá de éste, incluso de un orden público transnacional. En este sentido, M. GONZALO QUIROGA, *Orden público y arbitraje internacional en el marco de la globalización comercial*, Ed. Dykinson, Madrid, 2003, p. 57.

<sup>18</sup> El Comité de Arbitraje Comercial Internacional de la Asociación de Derecho Internacional (*Committee on International Commercial Arbitration of the International Law Association*) ha acometido la tarea de elaborar un proponer unos criterios comunes que permitan definir con una cierta uniformidad esa cláusula general del orden público como motivo de denegación del reconocimiento de laudos arbitrales extranjeros. El resultado ha sido un conjunto de recomendaciones que tienen por objeto facilitar una aplicación lo más uniforme posible de la figura del orden público como motivo de denegación del reconocimiento de laudos extranjeros y que conforman el “Final Report on Public Policy as a Bar to Enforcement of International Arbitration Awards”, publicado en la revista de la London Court of International Arbitration (LCIA), *Arbitration International*, Vol. 19, Issue 2, 2003, pp. 249–263.

<sup>19</sup> Entre otras, STJUE de 28 de marzo 2000, C-7/98, Krombach, ECLI:EU:C:2000:164; STJUE de 11 de mayo 2000, C-420/07, Renault, ECLI:EU:C:2000:225; STJUE de 28 de abril 2009, C-420/07, Apostolides, ECLI:EU:C:2009:271; STJUE de 6 de septiembre 2012, C-619/10, Trade Agency, ECLI:EU:C:2012:531; STJUE de 23 de octubre 2014, C-302/13, FlyLAL-Lithuanian Airlines, ECLI:EU:C:2014:2319.

<sup>20</sup> ECLI:ES:TC:1986:43

<sup>21</sup> En cualquier caso, limitar el orden público al orden público constitucional es un error. En este sentido, M. VIRGOS, “El reconocimiento y ejecución de laudos arbitrales extranjeros”, *Spain Arbitration Review/Revista del Club Español del Arbitraje*, Nº 5, 2009, pág. 90.

## IV.2. Orden público y extensión del convenio arbitral a terceros

23. La resolución analizada debe resolver si el Laudo parcial No. 2, de 29 de septiembre de 2015, en el que el Tribunal arbitral rechaza las excepciones de inadmisibilidad e incompetencia y se declara competente para conocer de la demanda de ADO es contrario al orden público. En este sentido, la representación de legal de INGETEAM POWER TECHNOLOGY, S.A., INDUSTRIAL LAGUNARTEA, S.A. y BASCOTECNIA, S.A. entiende que la extensión de los efectos del convenio arbitral a terceros no firmantes del mismo por el mero hecho de su implicación directa en la ejecución del contrato principal es contraria al orden público español puesto que no se ha verificado si hubo o no consentimiento al arbitraje, consentimiento que debe constatar y evidenciarse a través de una voluntad efectiva, patente e inequívoca de someterse al arbitraje.

24. La Sala de lo Civil del Tribunal Supremo se ha pronunciado en reiteradas ocasiones sobre las características que debe reunir el consentimiento para poder ser reputado como tal, resaltando que *“lo decisivo para la validez del convenio arbitral no es tanto la firma de las partes o la utilización de determinadas fórmulas como la prueba de la voluntad inequívoca de las partes contractuales de someter sus controversias a arbitraje, siendo destacable en este sentido cómo la jurisprudencia más reciente de esta Sala se pronuncia en contra de las “fórmulas sacramentales» como condicionantes de la validez de las cláusulas de sumisión a arbitraje”*<sup>22</sup>.

25. En consonancia con la misma línea argumental, en relación con la exigencia que impone el art. IV CNY 1958 de aportar el acuerdo por escrito que contenga la cláusula compromisoria, el Tribunal Supremo ha establecido que *“la ratio del precepto no ha de ser otra que la de ofrecer al Tribunal del exequatur la constancia del concierto entre las partes de acudir a la vía arbitral para solventar sus disputas en el seno de un determinado contrato, constancia que excede lo puramente formal y puede venir dada por diversas vías, siendo una de ellas, sin lugar a dudas, la propia conducta en el procedimiento de origen de las partes, acto propio que ha de causar estado en este de homologación”*<sup>23</sup>.

26. Acierta el TSJ del País Vasco al poner de manifiesto la trascendencia constitucional que una interpretación elástica de la cláusula de sumisión a arbitraje puede tener sobre el derecho fundamental a la tutela judicial efectiva. Y para ello cita la sentencia 136/2010, de 3 de diciembre, en la que el Tribunal Constitucional afirma que salvo que el litigante lo haya aceptado voluntariamente, no se le puede impedir que sea precisamente un órgano judicial quien conozca de las pretensiones que formule en orden a su defensa, pues de otra manera se vulneraría su derecho a la tutela judicial efectiva, precisando que la renuncia al ejercicio de las acciones ante los tribunales mediante una sumisión al arbitraje debe ser explícita, clara, terminante e inequívoca<sup>24</sup>.

27. Igualmente aplaudido debe ser el esfuerzo que hace el TSJ del País Vasco por recordar, a lo largo de las 29 páginas del auto, las bases del debate. Esto es, no se trata tanto de examinar la validez o no de la jurisprudencia francesa sobre la teoría de la implicación, como de comprobar que de la misma se infiere la existencia de una voluntad clara e inequívoca de las partes de someter sus discrepancias al arbitraje de la CCI<sup>25</sup>.

28. Y es en este punto donde, en nuestra opinión, podemos poner el único pero a la resolución analizada puesto que el TSJ del País Vasco parece asimilar el tener conocimiento de la cláusulas arbitral y

<sup>22</sup> STS de 6 febrero 2003 (ECLI:ES:TS:2003:713). En el mismo sentido, STS de 27 junio 2017 (ECLI:ES:TS:2017:2500)

<sup>23</sup> ATS de 4 marzo 2003 (ECLI:ES:TS:2003:2447A). En el mismo sentido, entre otras ATS de 1 de diciembre 1998 (ECLI:ES:TS:1998:968A); de 28 de marzo 2000 (ECLI:ES:TS:2000:238A); de 16 de mayo 2001 (ECLI:ES:TS:2001:2190A) o de 12 de marzo 2002 (ECLI:ES:TS:2003:6401A).

<sup>24</sup> ECLI:ES:TC:2010:136. FJ 2.

<sup>25</sup> La teoría de la implicación ha sido una de las diferentes doctrinas empleadas para extender el alcance del convenio arbitral a terceros. Sobre las distintas teorías existentes en el panorama comparado, *vid.* C. BOUCKAERT, R. DUPEYRÉ, “La Participación de terceros en el arbitraje internacional”, *Spain arbitration review: revista del Club Español del Arbitraje*, Nº 9, 2010, par. 29-46.

haber estado implicado en la ejecución del mismo, con el hecho de prestar consentimiento a la misma de forma clara, terminante e inequívoca. Así, el TSJ afirma que *“no habiendo desacreditado las actoras tal relato factual, de ellas se extrae la misma conclusión de que las hoy actoras conocían la existencia de la cláusula arbitral, y ese conocimiento se ajusta a nuestra normativa arbitral, así como al contenido de los derechos y garantías constitucionalmente consagrados y protegidos, por lo que no puede hablarse de vulneración de los mismos, ni, por ende, del orden público considerado en sentido internacional”*. Atendiendo a este razonamiento, ¿en qué contrato deberían las empresas subcontratadas haber introducido la precisión de que no se entienden vinculadas por el sometimiento a arbitraje acordado entre BASCOTECNIA STEEL y ADO?, ¿en el contrato principal, en el que no son parte?, ¿en los contratos entre BASCOTECNIA STEEL y cada una de ellas, en los que es ADO quien no es parte contractual?, ¿acaso deberían haberlo puesto de manifiesto en una suerte de acta de manifestaciones unilateral? Con estos interrogantes lo único que pretendemos poner de relieve es que con una aplicación estricta y literal de los postulados mantenidos en la parte final del Fundamento de Derecho 4.3 del auto comentado, cualquier empresa subcontratada que tenga conocimiento del contenido del contrato principal se puede ver sorprendida por una cláusula de sometimiento a arbitraje que conoce pero cuyos efectos, en principio, presume limitados a las partes que la han convenido. En este sentido, el TSJ parece olvidar la jurisprudencia del Tribunal Constitucional que él mismo cita. Nos referimos a la sentencia del Tribunal Constitucional 1/2018, de 11 de enero, en cuyo Fundamento de Jurídico Tercero afirma que *“si bien la renuncia puede inferirse de la conducta de los titulares del derecho, no es lícito deducirla de una conducta no suficientemente expresiva del ánimo de renunciar”*<sup>26</sup>.

### IV.3. Orden público y costas procesales

**29.** Planteada la cuestión de si procede o no estimar la demanda de denegación de reconocimiento del Laudo parcial No. 4, relativa a la imposición por parte de la CCI de París de las costas del procedimiento a INGETEAM POWER TECHNOLOGY, S.A., INDUSTRIAL LAGUN ARTEA, S.A. y BASCOTECNIA, S.A., el TSJ del País Vasco debe analizar si ésta es contrario al orden público por manifiesta irrazonabilidad e incongruencia dado que estas mercantiles fueron exoneradas de toda responsabilidad, tanto contractual como extracontractual, respecto de la sociedad argelina. Dicho en otros términos, la cuestión que se suscita es si la imposición parcial de costas del procedimiento a la parte que ha resultado absuelta en la demanda principal es contraria al orden público español.

**30.** La resolución analizada resuelve correctamente la cuestión, al subrayar que según la doctrina constitucional la imposición de las costas procesales es un problema de legalidad ordinaria sin relevancia constitucional que, en principio, no provoca lesión alguna del derecho a la tutela judicial efectiva<sup>27</sup>, y que únicamente se puede ver afectada cuando la resolución judicial incurre en error patente, arbitrariedad, manifiesta irrazonabilidad o si no está motivada<sup>28</sup>. En este sentido, el Tribunal Constitucional ha manifestado que *“Ello implica, en primer lugar, que la resolución ha de estar motivada, es decir, contener los elementos y razones de juicio que permitan conocer cuáles han sido los criterios jurídicos que fundamentan la decisión; y en segundo lugar, que la motivación esté fundada en Derecho, carga que no queda cumplida con la mera emisión de una declaración de voluntad en un sentido u otro, sino que debe ser consecuencia de una exégesis racional del Ordenamiento y no fruto de la arbitrariedad. Lo anterior conlleva la garantía de que el fundamento de la decisión sea la aplicación no arbitraria de las normas que se consideren adecuadas al caso, pues tanto si la aplicación de la legalidad es fruto de un error patente, como si fuere arbitraria, manifiestamente irrazonada o irrazonable no podría considerarse fundada en Derecho, dado que la aplicación de la legalidad sería tan sólo una mera apariencia. En suma, el art.*

<sup>26</sup> ECLI:ES:TC:2018:1. En idénticos términos, STC 65/2009, de 9 de marzo, FJ 4 (ECLI:ES:TC:2009:65).

<sup>27</sup> SSTC 170/2002, de 30 de septiembre, FJ 17 (ECLI:ES:TC:2002:170); 172/2009, de 9 de julio, FJ 3 (ECLI:ES:TC:2009:172).

<sup>28</sup> Entre otras, SSTC 134/1990, de 19 de julio, FJ 5 (ECLI:ES:TC:1990:134); 190/1993, de 14 de junio, FJ 4 (ECLI:ES:TC:1993:190); 41/1994, de 15 de febrero, FJ 2 (ECLI:ES:TC:1994:41); 191/2001, de 1 de octubre, FJ 6 (ECLI:ES:TC:2001:191); 170/2002, de 30 de septiembre, FJ 17 (ECLI:ES:TC:2002:170); 107/2006, de 3 de abril, FJ 3 (ECLI:ES:TC:2006:107); y 51/2009, de 23 de febrero, FJ 2 (ECLI:ES:TC:2009:51).

24 *CE impone a los órganos judiciales no sólo la obligación de ofrecer una respuesta motivada a las pretensiones deducidas, sino que, además, ésta ha de tener contenido jurídico y no resultar arbitraria*<sup>29</sup>.

31. Por lo tanto, con este marco jurídico, lo único que le resta al TSJ es dilucidar si el Laudo No. 4 ha incurrido o no en error patente, arbitrariedad, manifiesta irrazonabilidad o, si la resolución carece de motivación alguna. Y tras reproducir exhaustivamente la motivación del laudo cuya denegación de reconocimiento se pretende, el TSJ del País Vasco llega acertadamente a la conclusión de que la decisión arbitral está perfectamente motivada, no adolece de arbitrariedad alguna y es el resultado de la aplicación del principio del vencimiento objetivo. La CCI de París impone a las empresas españolas las costas derivadas de la desestimación de las excepciones de inadmisibilidad e incompetencia que éstas plantearon y que fueron rechazadas en aplicación de la doctrina francesa de la implicación<sup>30</sup>. Por lo tanto, no apreciándose error patente, arbitrariedad, manifiesta irrazonabilidad o falta de motivación, concluye que el reconocimiento del Laudo parcial No. 3 de 13 de abril de 2017 no atenta contra el orden público.

## V. Reconocimiento parcial del laudo

32. Dentro de este *iter procesal*, por parte de la empresa argelina se plantea reconvencción instando el reconocimiento parcial del Laudo No. 4 de 13 de abril de 2017 (laudo relativo a las costas del procedimiento analizado en el apartado anterior), pero circunscribiendo el alcance del mismo a aquellos partidas relativas a la imposición de costas a las empresas españolas como consecuencia de la desestimación de sus pretensiones de inadmisibilidad y falta de competencia de la CCI de París. La empresa argelina plantea la reconvencción sin haber solicitado previamente el reconocimiento del Laudo No. 2, de 29 de septiembre de 2005, laudo en el que se rechazan las excepciones de incompetencia y de inadmisibilidad y al que el Laudo No. 4 está indisolublemente unido puesto que trae causa del mismo.

33. El reconocimiento parcial implica proceder al reconocimiento de algunos de los pronunciamientos de la resolución extranjera y es algo habitual, tanto en los instrumentos europeos como en el Derecho de los países de nuestro entorno<sup>31</sup>. La LCJIMC permite solicitar, obtener o conceder el reconocimiento (artículo 49) y la ejecución parcial de una resolución extranjera (artículo 50.3). Por su parte, el artículo V.1 c) CNY 1958 también parece admitir el reconocimiento parcial de un único pronunciamiento cuando éste es divisible.

34. No obstante, para que el reconocimiento parcial sea posible es presupuesto necesario el que los diferentes pronunciamientos no estén unidos por una relación de dependencia, puesto que si unos son los antecedentes lógicos necesarios de otros no cabrá aplicar el principio de separabilidad<sup>32</sup>. Ésta es precisamente la causa por la que el auto analizado deniega el reconocimiento parcial del Laudo No. 4, puesto que el pronunciamiento sobre las costas está indisolublemente ligado al Laudo No. 2 sobre desestimación de la excepción de incompetencia planteada por INGETEAM POWER TECHNOLOGY, S.A., INDUSTRIAL LAGUN ARTEA, S.A. y BASCOTECNIA, S.A. del que trae causa<sup>33</sup>. No se puede

<sup>29</sup> SSTC 308/2006, de 23 de octubre, FJ 5 (ECLI:ES:TC:2006:308).

<sup>30</sup> Este criterio del vencimiento objetivo se ajusta, además, al criterio mantenido por el artículo 394 LEC. Sobre los diferentes sistemas en materia de costas vigentes en nuestro entorno, *vid.* A. VALIÑO ARCOS, "Algunos aspectos relacionados con la imposición de costas en el proceso civil en el Derecho comparado", *Revista Chilena de Derecho*, vol. 29, 1, 2002, pp. 147-161. Según este estudio, los sistemas de imposición de costas existentes pueden quedar reconducidos a tres: Los que aplican el criterio del vencimiento (quien pierde paga todos los gastos); los que se inspiran en la causalidad (puede ser condenado en costas no sólo quien resulta derrotado sino también el vencedor del juicio que pudo evitarlo o ponerle fin y no consintió); y los que dejan al juez decidir en cada caso (incluyendo el reparto discrecional entre los litigantes de los gastos del proceso).

<sup>31</sup> Apartado VIII del Preámbulo de la LCJIMC.

<sup>32</sup> 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-Registadores de España, Valencia 2017, p.574.

<sup>33</sup> Los profesores M. Virgos Soriano y F.J. Garcimartín Alférez, vinculan la separabilidad de los pronunciamientos con la conexión interna existente entre ellos. *Vid.* M. VIRGOS SORIANO y F.J. GARCIMARTÍN ALFÉREZ, *Derecho procesal civil internacional. Litigación internacional*, CivitasThomson Reuters, Madrid 2007, 2ª ed., pp. 567-570.

reconocer el Laudo parcial No. 4 sin haber planteado previa o simultáneamente el reconocimiento del Laudo parcial No. 2.

## VI. Valoración

**35.** El auto del TSJ del País Vasco analiza el difícil equilibrio entre la extensión de los efectos del convenio arbitral a terceros inicialmente no signatarios del mismo y la tutela judicial efectiva. Desde un plano teórico, condiciona con acierto la ampliación subjetiva del alcance del convenio arbitral a la existencia de una voluntad explícita, clara, terminante e inequívoca de todas las partes en favor del arbitraje (prescindiendo de formalismos o fórmulas rituarías). Desde un punto de vista práctico, al enjuiciar la eventual compatibilidad o contrariedad del laudo arbitral con el orden público del foro pone de relieve la estrecha vinculación de éste con la obligación de la corte de arbitraje de constatar la existencia de tal voluntad, sin que el mero conocimiento de la cláusula arbitral por parte del tercero y/o su implicación en la ejecución del contrato parezca suficiente para presumir este consentimiento.

**36.** La solicitud de no-reconocimiento de un laudo arbitral, admitida por el artículo 42.2 LCJIMC, es compatible con el Convenio de Nueva York de 1958. Este convenio internacional no alude expresamente a la posibilidad de instar una acción declarativa negativa pero los efectos de ella son coherentes con los objetivos perseguidos por la convención. El principio favorable al reconocimiento de laudos arbitrales que la inspira no resulta menoscabado por el ejercicio de una acción de no-reconocimiento, puesto que con ella únicamente se permite a la parte perjudicada por la resolución anticipar el análisis y control de las causas de no reconocimiento, sin alterar el resultado material del mismo, favoreciendo la seguridad jurídica y la estabilidad de las relaciones comerciales.

COMENTARIO A LA SENTENCIA DEL TRIBUNAL DE JUSTICIA  
DE LA UNIÓN EUROPEA (GRAN SALA), DE 26 DE MARZO  
DE 2019, SOBRE LA ABUSIVIDAD DE DETERMINADAS  
CLAUSULAS DE VENCIMIENTO ANTICIPADO DE  
PRÉSTAMOS HIPOTECARIOS (DE MODESTINO A BAUMAN,  
O DEL “DERECHO SÓLIDO” AL “DERECHO LÍQUIDO”)

COMMENTARY ON THE JUDGMENT OF THE COURT  
OF JUSTICE OF THE EUROPEAN UNION MARCH 26, 2019,  
REGARDING THE ABUSIVITY OF CERTAIN CLAUSES  
OF ADVANCED EXPIRATION OF MORTGAGE LOANS (FROM  
MODESTINO TO BAUMAN, OR FROM “SOLID LAW”  
TO “LIQUID LAW”)

JUAN MARÍA DÍAZ FRAILE

*Registrador de la Propiedad y Mercantil*

*Letrado adscrito de la DGRN*

*Catedrático de Derecho Civil (acreditado)*

*Académico Correspondiente de la Real Academia de Jurisprudencia y Legislación de España*

Recibido: 08.04.2019 / Aceptado: 24.05.2019

DOI: <https://doi.org/10.20318/cdt.2019.4976>

**Resumen:** El objeto del presente trabajo es analizar la sentencia del TJUE de 26 de marzo de 2019 sobre la abusividad de ciertas cláusulas de vencimiento anticipado de préstamos hipotecarios.

**Palabras clave:** préstamo hipotecario, ejecución hipotecaria, cláusula de vencimiento anticipado.

**Abstract:** The aim of this paper is to analyze the judgment of the CJEU of 26 of March of 2019. In this case, the CJEU ruled about the abusivity of certain clauses of advanced expiration of mortgage loans.

**Keywords:** mortgage loan, foreclosure, clauses of advanced expiration of mortgage loans.

**Sumario:** I. Los precedentes judiciales sobre la cláusula de vencimiento anticipado. 1. Los precedentes judiciales anteriores a 2015. La validez de las cláusulas de vencimiento anticipado de los préstamos hipotecarios. 2. El impacto de la jurisprudencia del TJUE tras la sentencia del TJUE de 14 de marzo de 2013 (asunto Aziz). 3. El cambio de jurisprudencia del Tribunal Supremo. Las sentencias de 23 de diciembre de 2015 y de 18 de febrero de 2016. 4. Consecuencias procesales de la declaración de nulidad por abusividad de una cláusula de vencimiento anticipado. 5. La supresión de la facultad de moderación e integración judicial del contrato. Posibles excepciones y su aplica-

---

\* Como verá el lector, hay en este artículo dos breves citas a Modestino y a Bauman. El subtítulo del artículo constituye un pequeño homenaje a ambos y una metáfora sobre el grado de incertidumbre y transitoriedad de las soluciones jurídicas que aqueja al Derecho actual.



ción en la jurisprudencia. 6. El criterio del Tribunal Supremo sobre la exclusión del sobreseimiento de la ejecución judicial directa de la finca hipotecada. 7. La polémica sobre la opción judicial entre la continuidad del procedimiento de ejecución hipotecaria o su sobreseimiento. II. Las cuestiones prejudiciales sobre la cláusula de vencimiento anticipado planteadas por el Tribunal Supremo y por el juzgado de primera instancia nº 1 de Barcelona resueltas por la sentencia del TJUE de 26 de marzo de 2019. 1. Litigios principales y cuestiones prejudiciales: 1.1. *Asunto C-70/17*. 1.2. *Asunto C-179/17*. 2.- Sobre la admisibilidad de la cuestión prejudicial planteada por el Juzgado de Primera Instancia nº1 de Barcelona, y las singulares características del recurso prejudicial conforme al artículo 267 del Tratado de Funcionamiento de la Unión Europea. 3. Una cuestión previa: ¿Es abusiva la cláusula de vencimiento anticipado “in casu”? Los criterios del TJUE y su aplicación por el Tribunal Supremo español. 4. Las dudas que suscita la materia. El carácter de “norma autorizatoria” del artículo 693.2 de la Ley de Enjuiciamiento Civil y sus consecuencias: A) Carácter concurrente o alternativo de los requisitos de ponderación del TJUE. B) El criterio relativo a si la facultad de vencimiento anticipado constituye una excepción con respecto a las normas aplicables en la materia. C). La dispensa de control de abusividad de las cláusulas que reflejen disposiciones legales o imperativas ¿se aplica también en el caso de las normas autorizatorias?. D) La doctrina del “control abstracto” de abusividad del TJUE y el nuevo artículo 28.1 de Directiva 2014/17/UE. 5. Las consecuencias jurídicas derivadas de la declaración de abusividad de cláusulas incluidas en contratos con consumidores. 6. La cuestión prejudicial relativa a la “blue pencil rule”. 7. La cuestión prejudicial relativa a la continuidad o no del procedimiento de ejecución hipotecaria fundado en la cláusula de vencimiento anticipado considerada abusiva. A) La jurisprudencia del TJUE sobre la subsistencia del contrato aquejado de una cláusula abusiva. B) “Reenvío de retorno” de la cuestión a los tribunales nacionales. C) Las cuestiones reenviadas a los tribunales españoles. 8. La posible subsistencia del contrato de préstamo hipotecario sin la cláusula de vencimiento anticipado. 9. La exposición del deudor a consecuencias perjudiciales por deterioro de su posición procesal (en caso de resolución del préstamo hipotecario por la vía del artículo 1124 del Código civil): A) Interpretación literal versus interpretación finalista de la sentencia del TJUE de 26 de marzo de 2019. B) La pérdida de las ventajas procesales del deudor en caso de resolución del contrato de préstamo hipotecario en procedimiento declarativo y posterior ejecución de sentencia firme. C) La viabilidad jurídica del ejercicio de la acción resolutoria ex artículo 1124 del Código civil en el caso de los préstamos hipotecarios. Las objeciones del auto de 30 de marzo de 2017 del Juzgado de Primera Instancia nº1 de Barcelona. a) Ventajas del sobreseimiento del procedimiento de ejecución hipotecaria: el aplazamiento temporal del lanzamiento; b) La jurisprudencia del Tribunal Supremo sobre la aplicación del artículo 1124 del Código civil en los contratos de préstamos. 9.4. La integración del contrato de préstamo por medio de la aplicación del artículo 693.2 de la Ley de Enjuiciamiento Civil. 10. ¿Cuál es la solución final? 11. Reflexión final.

## **I. Evolución de la jurisprudencia del tribunal supremo español sobre la cláusula de vencimiento anticipado**

### **1. Los precedentes judiciales anteriores a 2015. La validez de las cláusulas de vencimiento anticipado de los préstamos hipotecarios**

1. Hay que comenzar recordando que en nuestro ordenamiento jurídico el artículo 1.129 del Código civil prevé expresamente la posibilidad de que el acreedor pueda reclamar la totalidad de lo adeudado, antes del vencimiento del plazo pactado, cuando el deudor “*pierde*” el derecho a utilizar el plazo; y el artículo 1.124 del mismo Código permite la resolución de las obligaciones bilaterales en caso de incumplimiento. A su vez, en el ámbito de los préstamos y créditos hipotecarios, tal posibilidad está expresamente contemplada en el artículo 693.2 de la Ley de Enjuiciamiento Civil, siempre y cuando se haya pactado expresamente.

En base a tales disposiciones, la jurisprudencia de la Sala primera del Tribunal Supremo no ha negado, antes al contrario había venido afirmando de forma reiterada, la validez de las cláusulas de vencimiento anticipado de los préstamos hipotecarios, siempre que esté claramente determinado en el contrato en qué supuestos se podrá dar lugar a dicho vencimiento, sin que ello pueda quedar al arbitrio unilateral del prestamista en contravención de lo dispuesto en el artículo 1.256 del Código Civil (vid.

Sentencias de 2 de enero de 2006, 4 de junio de 2008, 12 de diciembre de 2008 ó 16 de diciembre de 2009, entre otras<sup>1</sup>).

Así, la sentencia 792/2009, de 16 de diciembre, con base en el artículo 1.255 del Código civil, reconoció la validez de las cláusulas de vencimiento anticipado en los préstamos *"cuando concurra justa causa -verdadera y manifiesta dejación de las obligaciones de carácter esencial-, como puede ser el incumplimiento por el prestatario de la obligación de abono de las cuotas de amortización del préstamo"*.

2. En la misma línea se había venido manifestando la doctrina de la Dirección General de los Registros y del Notariado, incluso antes de la publicación de la Ley 1/2000, de 7 de enero, de Enjuiciamiento Civil (en que se introdujo el antes citado art. 693.2). En este sentido cabe citar como ejemplo paradigmático la Resolución de 2 de julio de 1999<sup>2</sup> en la que recuerda y reitera su doctrina sobre el carácter inscribible (lo que implica el reconocimiento de su validez jurídica<sup>3</sup>) de las cláusulas de vencimiento anticipado por falta de pago de cualquier cantidad adeudada de entre las garantizadas por la hipoteca, y la no admisibilidad de tales pactos por razón de comportamientos ajenos al incumplimiento de la misma obligación garantizada. Recuerda a este respecto el Centro Directivo que el plazo de las obligaciones se presume establecido en beneficio de ambas partes, deudor y acreedor, salvo que otra cosa resulte del tenor de lo estipulado, por lo que resulta plenamente adecuado a los artículos 1255 y 1124 del Código civil el pacto de vencimiento anticipado por impago de alguna cuota de amortización de capital o de intereses.

3. Así lo entendió también el legislador de la Ley 1/2000, de 7 de enero, de Enjuiciamiento Civil, que contempló expresamente estos convenios en el artículo 693, en los siguientes términos:

*"1. Lo dispuesto en este capítulo [se refiere a "las particularidades de la ejecución sobre bienes hipotecados o pignoralizados"] será aplicable al caso en que deje de pagarse una parte del capital del crédito o los intereses, cuyo pago deba hacerse en plazos diferentes, si viciere alguno de ellos sin cumplir el deudor su obligación, y siempre que tal estipulación conste inscrita en el Registro....*

*2. Podrá reclamarse la totalidad de lo adeudado por capital y por intereses si se hubiese convenido el vencimiento total en caso de falta de pago de alguno de los plazos diferentes y este convenio constase inscrito en el Registro".*

4. Una vez aprobado este texto legal parecía cerrarse el paso a cualquier discusión al reconocerse legalmente la admisibilidad del pacto de vencimiento anticipado (*"en caso de falta de pago de alguno de los plazos"*) y subordinarse su efectividad a su previa inscripción registral.

## 2. El impacto de la jurisprudencia del TJUE tras la sentencia de 14 de marzo de 2013 (asunto Aziz).

5. Desde los años sesenta el Tribunal de Justicia había conseguido que el Derecho comunitario europeo se aplicase en los distintos Estados miembros como si fuese Derecho nacional a través de los célebres principios del reconocimiento del efecto directo (Sentencia de 5 de febrero de 1963, Van Gend&Loos) y de primacía (Sentencia de 15 de julio de 1964, Flamingo Costa/ENEL). Pero el perfeccionamiento del Derecho europeo tenía que superar además, como señala Ordoñez Solís<sup>4</sup>, una prueba adicional derivada del carácter descentralizado de la aplicación del Derecho de la Unión, y para ello

<sup>1</sup> La única excepción a esta línea jurisprudencial fue la Sentencia de la Sala primera del Alto Tribunal de 27 de marzo de 1999, en base a una controvertida argumentación que, por la vía de la interpretación de los artículos 127 y 135 de la Ley Hipotecaria, llega a la conclusión de afirmar que tales pactos de vencimiento anticipado son verdaderas condiciones resolutorias y que constituyen estipulaciones contrarias a las leyes y, por tanto, nulas ex artículo 6 del Código civil. Esta sentencia recibió críticas doctrinales respecto a su afirmación indiscriminada de la nulidad de tales pactos, contraria a una abundante doctrina científica y jurisprudencia registral que limitaban dicha tacha de nulidad a algunos supuestos concretos de pactos de vencimiento anticipado tras su estudio casuístico (por atribuir facultades unilaterales de resolución del contrato al prestamista, por ir en contra de la libertad de circulación de los bienes inmuebles o de ciertas normas procesales imperativas, etc).

<sup>2</sup> Recaída en resolución de consulta formulada por la Asociación Hipotecaria Española formulada el 28 de junio de 1999.

<sup>3</sup> Ex arts. 18 y 38 de la Ley Hipotecaria.

<sup>4</sup> Vid. introducción del libro de A. MARTÍNEZ LAFUENTE *"Fuentes del ordenamiento jurídico europeo y recurso prejudicial"*, Fundación Registral, 2016.

arbitra e impone dos nuevos límites a las normas de Derecho procesal interno a través de los principios de efectividad y de equivalencia, de profusa aplicación en muchas de las sentencias recaídas en interpretación de la Directiva 93/13, de 5 de abril, sobre cláusulas abusivas en contratos celebrados con consumidores, lo que ha provocado una auténtica revolución en nuestras normas procesales, no sólo en el ámbito del procedimiento de ejecución hipotecaria, sino también en otros como los procedimientos arbitrales, los monitorios o los declarativos.

6. Particular importancia tuvo en este ámbito la famosa sentencia de 14 de marzo de 2013 (As. Aziz), y la respuesta a la misma que dio el legislador español a través de la Ley 1/2013, 14 de mayo, de medidas para reforzar la protección a los deudores hipotecarios, reestructuración de deuda y alquiler social, respuesta que a su vez fue posteriormente cuestionada desde el punto de vista de su conformidad con la Directiva 93/13 en las sentencias y autos recaídos en los asuntos Unicaja Banco y Caixabank, Ibercaja Banco, BBVA, Sánchez Morcillo y Banco Primus, cuestionando ya la asimetría procesal que suponía impedir a los deudores ejecutados el acceso a la apelación en los incidentes de oposición por abusividad, ya el sistema de cómputo de los plazos para la interposición del recurso extraordinario de oposición respecto de los procedimientos en tramitación al aprobarse la ley, ya el sistema del recálculo de los intereses de demora para los contratos anteriores en ejecución, etc.

7. En la citada sentencia de 14 de marzo de 2013 se realiza un análisis del artículo 3.1 de la Directiva, conforme al cual *“Las cláusulas contractuales que no se hayan negociado individualmente se considerarán abusivas si, pese a las exigencias de la buena fe, causan en detrimento del consumidor un desequilibrio importante entre los derechos y obligaciones de las partes que se derivan del contrato”*. Ese concepto de *“desequilibrio importante en detrimento del consumidor”* en los derechos y obligaciones de las partes es un concepto jurídico indeterminado que sólo delimita de forma abstracta los elementos que permiten calificar como abusiva una cláusula contractual<sup>5</sup>. Y para tratar de precisar tal concepto, el Tribunal de Justicia en la citada sentencia<sup>6</sup>, haciéndose eco de las apreciaciones de las conclusiones de la Abogada General Sra. Kokott, precisa que *“para determinar si una cláusula causa en detrimento del consumidor un «desequilibrio importante» entre los derechos y las obligaciones de las partes que se derivan del contrato, deben tenerse en cuenta, en particular, las normas aplicables en Derecho nacional cuando no exista un acuerdo de las partes en ese sentido. Mediante un análisis comparativo de ese tipo, el juez nacional podrá valorar si -y, en su caso, en qué medida- el contrato deja al consumidor en una situación jurídica menos favorable que la prevista por el Derecho nacional vigente. Asimismo, resulta pertinente a estos efectos examinar la situación jurídica en que se encuentra ese consumidor a la vista de los medios de que dispone con arreglo a la normativa nacional para que cese el uso de cláusulas abusivas”*.

8. Y en particular por lo que respecta a la cláusula relativa al vencimiento anticipado en *“los contratos de larga duración por incumplimientos del deudor en un período limitado”*, la citada sentencia<sup>7</sup> precisa que corresponde al juez nacional comprobar especialmente en dicho análisis de una eventual abusividad contractual *“si la facultad del profesional de dar por vencida anticipadamente la totalidad del préstamo depende de que el consumidor haya incumplido una obligación que revista carácter esencial en el marco de la relación contractual de que se trate, si esa facultad está prevista para los casos en los que el incumplimiento tiene carácter suficientemente grave con respecto a la duración y a la cuantía del préstamo, si dicha facultad constituye una excepción con respecto a las normas aplicables en la materia y si el Derecho nacional prevé medios adecuados y eficaces que permitan al consumidor sujeto a la aplicación de esa cláusula poner remedio a los efectos del vencimiento anticipado del préstamo”*.

En el mismo sentido se ha pronunciado la sentencia del TJUE de 26 de enero de 2017 (As. Banco Primus)<sup>8</sup>.

<sup>5</sup> Véanse las sentencias de 1 de abril de 2004, *Freiburger Kommunalbauten*, C-237/02 (LA LEY 80404/2004), Rec. p. I-3403, apartado 19, y *Pannon GSM*, antes citada, apartado 37).

<sup>6</sup> Apartado 68.

<sup>7</sup> Apartado 73.

<sup>8</sup> Vid. apartado 66.

### 3. El cambio de jurisprudencia del Tribunal Supremo. Las sentencias de 23 de diciembre de 2015 y de 18 de febrero de 2016

9. Sobre la base de la reseñada jurisprudencia europea, y a fin de adaptarse a la misma, el Tribunal Supremo (Sala de lo civil) español cambia su anterior jurisprudencia y declara en las sentencias de 23 de diciembre de 2015 y 18 de febrero de 2016 que la cláusula de vencimiento anticipado por impago o incumplimiento de cualquier obligación del deudor inserta en un contrato de préstamo hipotecario “*no supera tales estándares [los fijados por la jurisprudencia comunitaria], pues aunque pueda ampararse en las mencionadas disposiciones de nuestro ordenamiento interno [se refiere a los artículos 1129 Cc y 693.2 de la LEC], ni modula la gravedad del incumplimiento en función de la duración y cuantía del préstamo, ni permite al consumidor evitar su aplicación mediante una conducta diligente de reparación*” (aunque en este punto admite el Tribunal que con posterioridad lo haya permitido la legislación cuando el bien hipotecado es la vivienda habitual –art. 693.3, párrafo 2, LEC, en redacción actual dada por Ley 19/2015, de 13 de julio–). Concluyen las citadas sentencias de nuestro Tribunal Supremo que resulta “*evidente que una cláusula de vencimiento anticipado que permite la resolución con el incumplimiento de un solo plazo, incluso parcial y respecto de una obligación accesoria, debe ser reputada como abusiva, dado que no se vincula a parámetros cuantitativa o temporalmente graves*”.

10. Una vez declarada la nulidad de la cláusula, y acudiendo a la función nomofiláctica de la jurisprudencia, añade el Tribunal una aclaración importante a efectos de precisar la compatibilidad de la revisión judicial sobre la abusividad de la cláusula de vencimiento anticipado y la regulación que respecto de tales cláusulas establece en la actualidad, tras la reforma de la Ley 1/2013, el mencionado artículo 693 de la Ley de Enjuiciamiento Civil. Y así afirma en su sentencia de 23 de diciembre de 2015 que: “*dado que la cláusula impugnada se refiere a la ejecución de bienes hipotecados, habrá que estar a lo dispuesto en el art. 693.2 LEC, cuando dice que "Podrá reclamarse la totalidad de lo adeudado por capital y por intereses si se hubiese convenido el vencimiento total en caso de falta de pago de, al menos, tres plazos mensuales sin cumplir el deudor su obligación de pago o un número de cuotas tal que suponga que el deudor ha incumplido su obligación por un plazo, al menos, equivalente a tres meses, y este convenio constase en la escritura de constitución en el asiento respectivo"; conforme a la interpretación que de dicho precepto ha hecho el TJUE en el Auto de 11 de junio de 2015, al decir "la Directiva 93/13 debe interpretarse en el sentido de que, cuando el juez nacional haya constatado el carácter "abusivo" –en el sentido del artículo 3, apartado 1, de la propia Directiva 93/13– de una cláusula de un contrato celebrado entre un consumidor y un profesional, la circunstancia de que tal cláusula no haya llegado a aplicarse no se opone por sí sola a que el juez nacional deduzca todas las consecuencias oportunas del carácter abusivo de la cláusula en cuestión*”.

11. Por tanto, conforme a esta jurisprudencia, ante el pacto de vencimiento anticipado en un contrato celebrado con consumidores, los tribunales deberán verificar un doble control: por un lado, el cumplimiento de las condiciones mínimas establecidas en el artículo 693.2 de la Ley de Enjuiciamiento Civil; y por otro, deberán valorar además si en el caso concreto el ejercicio de la facultad de vencimiento anticipado por parte del acreedor está justificado, justificación que debe ponderarse “*en función de los criterios antes expuestos: esencialidad de la obligación incumplida, gravedad del incumplimiento en relación con la cuantía y duración del contrato de préstamo y posibilidad real del consumidor de evitar esta consecuencia; tal como estableció la ya mencionada STJUE de 14 de marzo de 2013 (caso C-415/11).*”

### 4. Consecuencias procesales de la declaración de nulidad por abusividad de una cláusula de vencimiento anticipado

12. A partir de la mencionada declaración de nulidad de la cláusula debatida, el Tribunal Supremo trata de fijar sus consecuencias, debiendo resolver la ardua cuestión sobre si dicha nulidad debe o no provocar el sobreseimiento del procedimiento de ejecución directa *sobre* bienes hipotecado, en caso de

haberse iniciado, o la imposibilidad de acudir a tal vía ejecutiva, en caso de plantearse la cuestión antes de su inicio. Es éste un punto crítico de la sentencia de 23 de diciembre de 2015<sup>9</sup> en la que se produce una importante discrepancia interna reflejada en un voto particular.

**13.** El *Tribunal* comienza su argumentación en esta materia afirmando que la tutela de los consumidores “*aconseja evitar interpretaciones maximalistas, que bajo una apariencia de máxima protección, tengan como consecuencia paradójica la restricción del acceso al crédito hipotecario y, derivadamente, a la adquisición de vivienda en propiedad*”. Criterio finalista de interpretación que ciertamente no debe perderse de vista, y a partir del cual la Sala invocando la admisibilidad y licitud de la cláusula de vencimiento anticipado (en los términos señalados), y el principio de equilibrio en las prestaciones que ha de presidir su interpretación, llega a la conclusión de que resulta inadecuado obligar a las entidades prestamistas “*ante comportamientos de flagrante morosidad, a acudir en exclusiva a la vía declarativa para obtener la resolución contractual (art. 1124 Cc), con cierre de la vía ejecutiva especial legalmente prevista y correlativa obstaculización de la efectividad de la garantía real*”.

**14.** Refuerza en *este* punto la Sala su argumentación acudiendo a la cita de las estadísticas oficiales, que revelan que la duración media pactada de los préstamos hipotecarios para la adquisición de vivienda se incrementó entre 1990 y 2005 de 12 a 25 años, acercándose incluso entre 2006 y 2010 a una media de 26 años; “*lo que redundaría en la inconveniencia de obligar a la espera de un incumplimiento total en todos los préstamos vigentes a largo plazo que contengan cláusulas de vencimiento anticipado abusivas*”.

**15.** Pero con ser importante lo anterior, no resulta suficiente para, una vez constatado el carácter abusivo de la cláusula, no extraer como consecuencia la inviabilidad de la vía ejecutiva directa para la realización forzosa del bien en base a las previsiones de la citada cláusula, pues la consecuencia que, con carácter general, se desprende de dicha abusividad es que la estipulación que incurre en tal vicio “*no vinculará*” al consumidor, según establece el artículo 6 de la Directiva 93/13. Pues bien, recuerda en este punto la Sala que, conforme a la jurisprudencia del TJUE, “*el juez nacional puede sustituir una cláusula abusiva por una disposición supletoria de Derecho nacional, siempre que esta sustitución se ajuste al objetivo del art. 6, apartado 1, de la Directiva 93/13 y permita restablecer un equilibrio real entre los derechos y las obligaciones de las partes del contrato*”. Ahora bien, dicha posibilidad queda “*limitada a los supuestos en los que la declaración de nulidad de la cláusula abusiva obligue al juez a anular el contrato en su totalidad, quedando expuesto el consumidor de ese modo a consecuencias de tal índole que representan para éste una penalización*”. Se refiere con ello el Tribunal a la jurisprudencia del Tribunal de Justicia contenida en la sentencia Kásler y Káslerné Rábai<sup>10</sup>, que admite dicha sustitución de la cláusula por una norma nacional bajo la triple condición de que el contrato no pueda subsistir tras la supresión de la cláusula abusiva, que la norma de Derecho nacional sustitutoria tenga carácter supletorio, y que en caso de anulación total del contrato el consumidor quede expuesto a la citada penalización.

**16.** Y es en este punto en el que el Tribunal Supremo, invocando su condición de tribunal nacional superior en el orden civil (art. 123.1 CE<sup>11</sup>), establece el criterio de que tal penalización para el consumidor sería la consecuencia que se sucedería si la declaración de abusividad de la cláusula de vencimiento anticipado, por razón de la levedad del incumplimiento previsto para su aplicación, cerrara el acceso al proceso de ejecución hipotecaria “*incluso en los casos en que el incumplimiento efectivamente producido haya tenido una gravedad adecuada a la consecuencia del vencimiento anticipado*”. Este criterio lo basa el Tribunal en la idea de que “*no puede considerarse que el sobreseimiento de la vía ejecutiva hipotecaria sea en todo caso más favorable al consumidor*”.

<sup>9</sup> En el mismo sentido vid. sentencia de la Sala de lo civil del Tribunal Supremo de 18 de febrero de 2016.

<sup>10</sup> Sentencia de 30 de abril de 2014 (C26/13).

<sup>11</sup> Conforme al cual “*El Tribunal Supremo, con jurisdicción en toda España, es el órgano jurisdiccional superior en todos los órdenes, salvo lo dispuesto en materia de garantías constitucionales*”.

**17.** Las razones que da el Tribunal para abonar esta conclusión son las siguientes:

1º. En primer lugar, la posibilidad prevista en el artículo 693.3 de la Ley de Enjuiciamiento Civil, al reconocer que en los casos en que se reclame por causa del vencimiento anticipado la totalidad de la deuda, el acreedor puede solicitar que, sin perjuicio de que la ejecución se despache por la totalidad de lo adeudado, se comunique al deudor que, hasta el día señalado para la celebración de la subasta, podrá liberar el bien mediante la consignación de la cantidad exacta que por principal e intereses estuviere vencida en la fecha de presentación de la demanda, incrementada, en su caso, con los vencimientos del préstamo y los intereses de demora que se vayan produciendo a lo largo del procedimiento y resulten impagados en todo o en parte. Además, tratándose de vivienda habitual, el deudor podrá, aun sin el consentimiento del acreedor, liberar el bien mediante la consignación de las cantidades antes reseñadas. Incluso prevé el mismo precepto que el deudor podrá liberar el bien en varias ocasiones siempre que medien al menos tres años entre la fecha de la liberación y la del requerimiento de pago judicial o extrajudicial efectuado por el acreedor.

Se trata de *“un remedio enervatorio de la ejecución que permite neutralizar los efectos de la cláusula de vencimiento anticipado con la consiguiente rehabilitación del contrato y, por ende, del crédito hipotecario”*.

2º. La legislación otorga al deudor hipotecario otras ventajas específicas en vía ejecutiva, y entre ellas:

- a) la prevista en el artículo 579 de la Ley de Enjuiciamiento Civil en relación con las posibilidades liberatorias de la responsabilidad del deudor para el caso de adjudicación de la vivienda habitual hipotecada cuando el remate fuera insuficiente para lograr la satisfacción completa<sup>12</sup>;
- b) la contenida en el artículo 682-2-1ª de la Ley procesal civil, al establecer que el valor de tasación a efectos de la subasta no podrá ser inferior al 75 por cien del valor de tasación que sirvió para conceder el préstamo.

Estos beneficios del deudor hipotecario se perderían en caso de que, cerrada la vía de la ejecución directa contra los bienes hipotecados, el acreedor tuviese que acudir al juicio declarativo para obtener la resolución del contrato por incumplimiento.

De lo anterior colige el Tribunal que *“no pueda afirmarse incondicionalmente que la decisión de proseguir la ejecución sea más perjudicial para el consumidor”*, en comparación con la alternativa del sobreseimiento del procedimiento de ejecución hipotecario.

## **5. La supresión de la facultad de moderación e integración judicial del contrato. Posibles excepciones y su aplicación en la jurisprudencia**

**18.** El artículo 83.2 y 3 del texto refundido de la Ley General para la Defensa de los Consumidores y Usuarios de 2007 atribuía explícitamente la facultad de moderación de las cláusulas abusivas al juez al decir que *“la parte del contrato afectada por la nulidad se integrará con arreglo a lo dispuesto por el art. 1258 del Cc y al principio de buena fe objetiva”*. Sin embargo, esta facultad de integración del contrato desapareció tras la Sentencia del TJUE de 14 de junio de 2012 (Asunto C-618/10, Banco Español de Crédito), al afirmar el Tribunal que dicha facultad de integración no es compatible con la Directiva, que expresamente establece que el contrato seguirá siendo obligatorio *“en los mismos términos”* si puede subsistir sin la cláusula abusiva. En consecuencia el Tribunal de Justicia declaró que *“los jueces nacionales están*

<sup>12</sup> En concreto se prevé en la letra a) del apartado 2 de dicho precepto que *“El ejecutado quedará liberado si su responsabilidad queda cubierta, en el plazo de cinco años desde la fecha del decreto de aprobación del remate o adjudicación, por el 65 por cien de la cantidad total que entonces quedara pendiente, incrementada exclusivamente en el interés legal del dinero hasta el momento del pago. Quedará liberado en los mismos términos si, no pudiendo satisfacer el 65 por cien dentro del plazo de cinco años, satisficiera el 80 por cien dentro de los diez años. De no concurrir las anteriores circunstancias, podrá el acreedor reclamar la totalidad de lo que se le deba según las estipulaciones contractuales y normas que resulten de aplicación”*.

*obligados únicamente a dejar sin aplicación la cláusula contractual abusiva, a fin de que esta no produzca efectos vinculantes para el consumidor, sin estar facultado a para modificar el contenido de las misma*"<sup>13</sup>.

19. Ello lo justifica el Tribunal afirmando que lo contrario *"pondría en peligro la consecución del objetivo a largo plazo previsto en el art. 7 de la Directiva 93/13"*, pues *"la mencionada facultad [de moderación] contribuiría a eliminar el efecto disuasorio que ejerce sobre los profesionales el hecho de que, pura y simplemente, tales cláusulas abusivas no se apliquen frente a los consumidores ... en la medida en que los profesionales podrían verse tentados a utilizar cláusulas abusivas al saber que, aún cuando llegare a declararse la nulidad de las mismas, el contrato podría ser integrado por el juez nacional en lo que fuera necesario"*.

20. Esta jurisprudencia del TJUE obligó a reformar el artículo 83 de la Ley General para la Defensa de los Consumidores y Usuarios, para eliminar la previsión de moderación judicial de la cláusula abusiva, reforma que ha tenido lugar a través del artículo único.27 de la Ley 3/2014, de 27 de marzo, que ha dado la siguiente redacción al citado precepto: *"Las cláusulas abusivas serán nulas de pleno derecho y se tendrán por no puestas. A estos efectos, el Juez, previa audiencia de las partes, declarará la nulidad de las cláusulas abusivas incluidas en el contrato, el cual, no obstante, seguirá siendo obligatorio para las partes en los mismos términos, siempre que pueda subsistir sin dichas cláusulas."*

21. No obstante, es cierto que el Tribunal de Justicia también ha reconocido, en la Sentencia de 30 de abril de 2014, en el asunto Kásler y Káslerné Rábai, que el juez nacional pueda sustituir una cláusula abusiva por una disposición supletoria de Derecho nacional, siempre que esta sustitución se ajuste al objetivo del artículo 6.1 de la Directiva y permita restablecer un equilibrio real entre los derechos y las obligaciones de las partes del contrato. No obstante, esta posibilidad queda limitada a los supuestos en los que la declaración de la nulidad de la cláusula abusiva obligaría al juez a anular el contrato en su totalidad, quedando expuesto el consumidor de ese modo a consecuencias de tal índole que representarían para éste una penalización.

22. Las conclusiones del Abogado General Sr. M. Szpunar de 13 de septiembre de 2018 (As. C-70/17 y C-179/17) destacan, sin embargo, el dato de que dicha sentencia Kásler constituye una única excepción<sup>14</sup> en la jurisprudencia del Tribunal de Justicia a la regla general de la supresión de la cláusula abusiva y su inaplicación sin moderación, reducción conservadora ni integración por norma supletoria alguna, y que la aplicación de dicha sentencia se subordina a la concurrencia del doble requisito señalado, y que puntualiza en los siguientes términos: *"deben cumplirse dos requisitos para que el juez nacional pueda suprimir la cláusula abusiva y sustituirla por una norma de Derecho nacional de carácter supletorio. Por una parte, tal sustitución ha de conseguir el resultado de «que el contrato pueda subsistir pese a la supresión de la cláusula [abusiva]» y «siga obligando a las partes», de forma que el juez nacional no se vea obligado a anular el contrato en su totalidad. Por otra parte, en el supuesto de que el juez estuviera obligado a anular el contrato en su totalidad, dicha sustitución ha de tener la consecuencia de evitar que el consumidor quede expuesto «a consecuencias especialmente perjudiciales, de modo que el carácter disuasorio derivado de la anulación del contrato podría frustrarse"*.

## **6. El criterio del Tribunal Supremo sobre la exclusión del sobreseimiento de la ejecución judicial directa de la finca hipotecada**

23. Es sobre la base de esta previsión de la jurisprudencia del Tribunal europeo, contenida en la citada sentencia recaída en el asunto Kásler, que el Tribunal Supremo español en este trascendental tema ha adoptado una interpretación favorable al mantenimiento/sustitución de la cláusula de

<sup>13</sup> Vid. sentencias de 14 de junio de 2012, Banco Español de Crédito – As. 618/10) y de 21 de diciembre de 2016, As. Gutierrez Naranjo.

<sup>14</sup> A la que habría de sumarse la posterior sentencia del Tribunal de Justicia (Sala segunda) de 20 de septiembre de 2018 (As. C-51/17, OTP Bank Nyr).

vencimiento anticipado integrándola con el requisito del incumplimiento de las tres mensualidades a que se refiere el artículo 693.2 de la Ley de Enjuiciamiento Civil, tras su reforma por la Ley 1/2013, de forma que resuelve en la sentencia de 23 de diciembre de 2015 en sentido contrario al sobreseimiento de la ejecución, con continuidad por tanto del procedimiento especial de ejecución hipotecaria, frente a la tesis mantenida por otros tribunales inferiores que abogaban por el sobreseimiento con reenvío al procedimiento declarativo ordinario fundado en el artículo 1.124 del Código civil a efectos de declarar previamente la resolución del préstamo hipotecario.

**24.** Resulta muy interesante la polémica suscitada entre los magistrados autores de la sentencia y el magistrado autor del voto particular contrario<sup>15</sup>. Así se afirma en la citada sentencia de 23 de diciembre de 2015 (al igual que la posterior de 18 de febrero de 2016) que:

“La tutela de los consumidores aconseja evitar interpretaciones maximalistas, que bajo una apariencia de máxima protección, tengan como consecuencia paradójica la restricción del acceso al crédito hipotecario y, derivadamente, a la adquisición de vivienda en propiedad. Declarada la admisibilidad de las cláusulas de vencimiento anticipado en los términos expuestos, el mismo principio de equilibrio en las prestaciones que ha de presidir su interpretación, revela lo inadecuado de obligar a las entidades prestamistas, ante comportamientos de flagrante morosidad, a acudir en exclusiva a la vía declarativa para obtener la resolución contractual (art. 1124 Cc), con cierre de la vía ejecutiva especial legalmente prevista y correlativa obstaculización de la efectividad de la garantía real. Cuando, además, las propias estadísticas oficiales revelan que la duración media pactada de los préstamos hipotecarios para adquisición de vivienda se incrementó entre 1990 y 2005 de 12 a 25 años, acercándose incluso entre 2006 y 2010 a una media de 26 años; lo que redundaría en la inconveniencia de obligar a la espera de un incumplimiento total en todos los préstamos vigentes a largo plazo que contengan cláusulas de vencimiento anticipado abusivas”.

**25.** Las razones que parecen avalar esta tesis mayoritaria son varias, tanto desde el punto de vista del deudor, como desde el punto de vista del acreedor, a alguna de las cuales se refiere el propio Tribunal Supremo en su auto de 8 de febrero de 2017 por el que formaliza una petición de decisión prejudicial al Tribunal de Justicia de la Unión Europea precisamente sobre la conformidad con el Derecho comunitario (en particular con la Directiva 93/13) de su propia jurisprudencia en la materia<sup>16</sup>.

**26.** *1º. Desde el punto de vista del deudor:*

- a) Con el eventual sobreseimiento y reenvío al procedimiento declarativo no sólo pierde el deudor las ventajas que para él representa el procedimiento de ejecución especial (liberación de la finca mediante el pago de las cantidades vencidas<sup>17</sup>, tipo de subasta mínimo del 75% del valor de tasación, condonación parcial de la deuda remanente, etc<sup>18</sup>), sino

<sup>15</sup> El magistrado Javier Orduña Moreno.

<sup>16</sup> Por referirse a la conformidad con el Derecho comunitario de una sentencia previa, se ha utilizado en alguna ocasión la expresión de “*cuestión postjudicial*” para aludir a esta petición de decisión prejudicial.

<sup>17</sup> Vencidas conforme al cuadro de amortización del préstamo, no las no vencidas conforme a dicho cuadro.

<sup>18</sup> El citado auto de 8 de febrero de 2017 se refiere a tales ventajas en los siguientes términos: “*Estas ventajas previstas para el deudor consumidor en el proceso especial de ejecución hipotecaria sobre vivienda habitual, en los arts. 693 . 31 , 579.22 y 682.23 de la Ley de Enjuiciamiento Civil , son, resumidamente, las siguientes:*

- *El deudor podrá liberar el bien mediante la consignación de la cantidad debida hasta esa fecha.*
- *Liberado un bien por primera vez, podrá liberarse en segunda o ulteriores ocasiones siempre que, al menos, medien tres años entre la fecha de la liberación y la del requerimiento de pago judicial o extrajudicial efectuada por el acreedor.*
- *Se prevé una limitación del cálculo de las costas procesales en función únicamente de las cuotas del préstamo atrasadas, en caso de enervación de la acción ejecutiva hipotecaria.*
- *El precio a efectos de subasta no podrá ser inferior, en ningún caso, al 75 por cien del valor señalado en la tasación”.*

*En este marco jurídico en el que, ante el incumplimiento contractual del deudor, el acreedor dispone de una acción declarativa de resolución del contrato, o de un proceso especial de ejecución hipotecaria, que le permite dirigirse directamente contra el bien hipotecado sin necesidad de una previa sentencia de condena, aunque pudiera parecer, en principio, que la aplicación del procedimiento ejecutivo especial es más perjudicial para el prestatario-consumidor, y así parecieron entenderlo –aunque de manera no taxativa- la sentencia del TJUE de 21 de enero de 2015 (asuntos acumulados C-482/13 , C-484/13 , C- 485/13 y C-487/13 ) y el auto del TJUE de 17 de marzo de 2016 (asunto C-613/15 ) , ello no tiene por qué ser necesariamente así.*



que además por la pérdida de valor (eficacia asegurativa) de la hipoteca como derecho real de garantía sufrirá un encarecimiento del crédito y una mayor dificultad de acceso al mismo, como acertadamente, a mi juicio, señala la sentencia. La afirmación (en vía de hipótesis) del voto disidente sobre la posibilidad de trasladar tales ventajas del procedimiento especial al marco del proceso declarativo suscita importantes dudas, pues una vez declarado el vencimiento (resolución) la deuda en la correspondiente sentencia su ejecución deberá discurrir necesariamente por los cauces del procedimiento de ejecución ordinaria (ejecución de sentencias y títulos judiciales), cuya regulación es de orden público, dado que el título ejecutivo ya no será la escritura inscrita, sino la sentencia de condena al pago. Así, por ejemplo, la finca deberá ser objeto de tasación pericial para fijar el tipo de la subasta, sin posibilidad de aplicar el mínimo del 75% del fijado en la escritura de constitución, lo que en periodos de crisis económica y fuerte depreciación de los activos inmobiliarios (que por obvias razones coincide con los periodos de mayor aumento de los impagos y de las ejecuciones) puede traducirse en un serio perjuicio económico para el deudor al no garantizar límite mínimo alguno a dicha depreciación que se traslada íntegra al deudor;

- b) la apertura de un procedimiento declarativo para declarar vencido o resuelto el préstamo hipotecario por la vía del artículo 1.124 del Código civil (partiendo “*in casu*” de la realidad no controvertida del incumplimiento de un significativo número de cuotas periódicas) podría generar dos efectos perjudiciales adicionales para el deudor: una previsible condena en costas y un incremento de los intereses de demora procesales por el tiempo de duración del procedimiento;
- c) el deudor perderá, además, la posibilidad de acogerse a los programas previstos por los Códigos de Buenas prácticas (cfr. Real Decreto-Ley 6/2012, de 9 de marzo), que incluyen la posibilidad de permanencia en la posesión de la finca a título de arrendatario, o la posibilidad de la exoneración del pasivo no satisfecho en caso de declaración de concurso;
- d) la alternativa de que la entidad de crédito espere hasta la consumación del completo plazo de amortización inicialmente previsto, antes de la reclamación judicial de la totalidad de lo adeudado, puede generar en el deudor una deuda por intereses de demora muy considerable.
- e) Las alternativas barajadas por el Tribunal Supremo para el caso de impago del préstamo hipotecario por parte del deudor como opciones del acreedor son dos: bien iniciar un juicio declarativo en el que puede pedir la resolución del contrato por incumplimiento del deudor, con restitución recíproca de las prestaciones, o el cumplimiento forzoso del contrato, con exigencia de todas las cantidades pendientes de pago y sus correspondientes intereses (al amparo del art. 1124 Cc), o bien iniciar un proceso especial de ejecución hipotecaria, en el que puede perseguir y enajenar mediante subasta el bien hipotecado que sirve de garantía a la devolución del préstamo, si bien parece presuponer que esta segunda opción no es viable en caso de nulidad de la cláusula de vencimiento anticipado, salvo que pueda mantenerse su jurisprudencia sobre la “*integración*” del contrato mediante la sustitución de la cláusula nula por una disposición del Derecho nacional como el artículo 693.2 de la Ley de Enjuiciamiento Civil<sup>19</sup>, que permite reclamar la totalidad de lo adeudado por capital y por intereses si se hubiese convenido el vencimiento total en caso de falta de pago de, al menos, tres plazos mensuales sin cumplir el deudor su obligación de pago. Pero hay que tener en cuenta que incluso si no se admite dicha integración del contrato mediante la aplicación supletoria<sup>20</sup> del citado artículo 693, no por ello queda impedida la ejecución de la finca hipotecada por la vía del procedimiento especial de los artículos 681 y siguientes de la citada Ley procesal, si bien la cantidad

<sup>19</sup> En su redacción dada por la Ley 1/2013, de 14 de mayo.

<sup>20</sup> En rigor, a pesar de que el Tribunal Supremo habla reiteradamente en este contexto de “disposición supletoria”, el artículo 693.2 LEC no tiene dicho carácter, como con acierto, en mi opinión, sostiene en sus conclusiones de 13 de septiembre de 2018, el abogado general Sr. Szpunar.

vencida, líquida y exigible no será la correspondiente a la totalidad del préstamo correspondiente a las cuotas vencidas e impagadas y a las pendientes de vencer, sino exclusivamente a las primeras.

Esta posibilidad se desprende de los artículos 127 de la Ley Hipotecaria y apartado 1 del reiterado artículo 693 de la Ley de Enjuiciamiento Civil, conforme al cual el procedimiento especial de ejecución “*será aplicable al caso en que deje de pagarse una parte del capital del crédito o los intereses, cuyo pago deba hacerse en plazos, si vencieren al menos tres plazos mensuales sin cumplir el deudor su obligación de pago o un número de cuotas tal que suponga que el deudor ha incumplido su obligación por un plazo al menos equivalente a tres meses*”. En tales casos se añade que “*Si para el pago de alguno de los plazos del capital o de los intereses fuere necesario enajenar el bien hipotecado, y aún quedaren por vencer otros plazos de la obligación, se verificará la venta y se transferirá la finca al comprador con la hipoteca correspondiente a la parte del crédito que no estuviere satisfecha*”.

Aquí la diferencia sustancial con el caso de la ejecución por la totalidad del capital pendiente por vencimiento anticipado es que subsiste la hipoteca por la parte restante.

### ¿Cuál es el efecto de esto?

Evidentemente la disminución de las pujas y la retracción de los postores, lo que redunda en perjuicio del deudor. Téngase en cuenta que en el improbable caso de que exista un postor en la subasta en tales condiciones, aunque éste se subrogue en la carga real de la hipoteca por el capital pendiente, esta subrogación no produce efecto liberatorio sobre el deudor ejecutado, conforme a la doctrina legal que se desprende de las sentencias del Tribunal Supremo de 27 de enero de 1990 y 20 de junio de 1997. Por tanto, el deudor seguirá estando sujeto a la deuda no obstante haberse transmitido la finca hipotecada, de cuyo disfrute (y propiedad) queda sin embargo privado.<sup>21</sup>

- f) Finalmente, en relación con la cuestión sobre si se producen efectos de aumento de los intereses del crédito hipotecario en la situación actual de incertidumbre jurídica, hipótesis afirmada en las citadas sentencias del Tribunal Supremo y negada en el voto particular comentado, afirmando que están en mínimos históricos, hay que recordar que el tipo de interés que se aplica a estos contratos tiene dos partes: una es el índice oficial de referencia (generalmente el Euríbor, que es el interés a que se prestan los bancos el dinero entre sí), y otra el diferencial que se añade. El primero depende de la política monetaria del Banco Central Europeo, que en la actualidad los ha bajado incluso por debajo del 0%. Este elemento se determina por tanto por razones económicas y monetarias globales, no vinculadas al mercado hipotecario. Por el contrario el diferencial es el elemento que depende específicamente del mercado hipotecario. Y en este elemento ha habido un importante incremento en términos porcentuales, pues se ha pasado de diferenciales inferiores al 1% a diferenciales del entorno al 2%, lo que supone más que duplicar (y en algunos casos más que triplicar) el coste de ese elemento. Baste para

<sup>21</sup> Esta situación subsiste también tras la reforma del artículo 693 LEC por la reciente Ley 5/2019, de 19 de marzo, de Contratos de crédito inmobiliario, de forma que finalmente en esta materia se aplican las siguientes reglas: a) en los préstamos de amortización podrá ejecutarse la finca en todo caso [es decir, tanto si se trata de préstamos sujetos a la Ley de contratos de créditos inmobiliarios como si no] si vencieren al menos tres plazos mensuales sin cumplir el deudor su obligación de pago. Si para el pago de alguno de los plazos del capital o de los intereses fuere necesario enajenar el bien hipotecado, y aún quedaren por vencer otros plazos de la obligación, se verificará la venta y se transferirá la finca al comprador con la hipoteca correspondiente a la parte del crédito que no estuviere satisfecha. Es decir, no se produce el vencimiento anticipado de los plazos todavía no vencidos, pero ello no impide la ejecución que se despacha para satisfacer exclusivamente el importe de las cuotas vencidas e impagadas y las eventuales costas. Por tanto, en la ejecución la adjudicación de la finca se producirá con subsistencia de la hipoteca respecto de la parte del crédito no satisfecha (artículo 693.1 de la Ley de Enjuiciamiento Civil). En cuanto al vencimiento anticipado, hay que distinguir un doble régimen jurídico en función de que se trate de un préstamo que entre en el ámbito de la aplicación de la nueva Ley (cuyo prestatario, fiador o garante sea persona física y tenga por objeto un inmueble de uso residencial) o no. En el primer caso, se aplica el nuevo régimen imperativo que se contiene en el artículo 24 de la citada Ley. En el segundo caso (préstamo que no entra en el ámbito de aplicación de la nueva Ley), las partes pueden pactar libremente el régimen de vencimiento anticipado que quieran.

confirmar este extremo las advertencias de la Comisión europea en su Libro Blanco de 2007 sobre integración de los mercados hipotecarios advirtiendo de que la ineficacia de los procedimientos de ejecución hipotecaria encarece de actividad del prestamista y eleva los costes de refinanciación, encareciendo el crédito.

Por todo ello, no puede calificarse de irrazonable la conclusión del reiterado auto del Tribunal Supremo de 8 de febrero de 2017 relativa a que *“el proceso especial de ejecución hipotecaria sobre vivienda habitual no es más perjudicial para el consumidor que el juicio declarativo seguido de una ejecución ordinaria, porque en la regulación del proceso especial de ejecución hipotecaria se contemplan unas ventajas para el consumidor que no se prevén en la ejecución ordinaria de la sentencia firme dictada en el juicio declarativo”*.

## 27. 2º. Desde el punto de vista del acreedor:

- a) La alternativa de acudir al procedimiento declarativo o esperar al vencimiento final del plazo podría generar una onerosidad acaso excesiva e irrazonable, pudiendo incluso llegar a invocarse la jurisprudencia sobre la cláusula *“rebus sic stantibus”*<sup>22</sup>, a la vista del cambio sobrevenido por consecuencia de la reciente interpretación del TJUE en la materia (sentencia de 14 de marzo de 2013), que no era previsible teniendo en cuenta que la disposición interpretada es nada menos que una Directiva de 1993, norma cuyo sentido se fija 20 años después<sup>23</sup>. En este sentido se ha planteado una cuestión prejudicial al TJUE por un Juzgado del 1ª Instancia de Fuenlabrada, mediante de auto de 8 de febrero de 2016<sup>24</sup>.
- b) El principio del equilibrio real del contrato. El TJUE ha declarado reiteradamente (vid. por todos el auto de 17 de marzo de 2016) que el artículo 6 de la Directiva es una disposición imperativa que *“pretende reemplazar el equilibrio formal que el contrato establece entre los derechos y obligaciones de las partes por un equilibrio real que pueda restablecer la igualdad entre estas”*. Esto implica que la supresión de la facultad de moderación de la cláusula penal o de integración de la laguna contractual acudiendo al derecho supletorio encuentra el límite derivado de este principio del equilibrio real del contrato, de forma que cuando la supresión de la cláusula produzca un desequilibrio manifiesto y una onerosidad irrazonable, debería caber la integración en la medida necesaria para salvar el principio sustantivo del equilibrio real del contrato<sup>25</sup>.

<sup>22</sup> Vid. Vid las conclusiones de la Abogado General Sra. Verica Trstenjak de 30 de junio de 2009 en el Asunto C-101/08 y la jurisprudencia allí citada: *“71. Han sido reconocidos como principios generales del Derecho importantes principios del Estado de Derecho, como el de proporcionalidad, claridad jurídica (31) o el derecho a una tutela judicial efectiva. A esta categoría pertenecen también diversos principios generales de buena administración, como el principio de la protección de la confianza legítima, (33) el principio non bis in idem, (34) el derecho de defensa, (35) también en forma de oportunidad para manifestarse en medidas restrictivas, (36) el deber de motivación de actos jurídicos (37) o el principio de investigación de oficio. (38) Asimismo, entra en esa categoría el principio de “fuerza mayor”. (39) Pero también se pueden encontrar principios que no son extraños al Derecho de los contratos, como el principio general del Derecho pacta sunt servanda, (40) o el principio rebus sic stantibus. (41)”*

<sup>23</sup> No deja de generar incertidumbre el hecho de que los criterios de interpretación de la Directiva de 1993 se fijen 20 años después de su aprobación, como ha sucedido con la célebre sentencia Aziz al concretar los elementos que deben examinarse para ponderar el *“desequilibrio importante entre los derechos y obligaciones de las partes”* o *“las exigencias de la buena fe”*, de que habla su art. 3. Reparemos en el interesante dato que resulta de los anexos del libro *“Diálogo entre los Tribunales españoles y el Tribunal de Justicia de la Unión Europea sobre la tutela judicial del consumidor al amparo de la Directiva 93/13/CEE”*, de García-Valdecasas Dorrego, M.J (ed. Fundación Registral, 2018), del que resulta que de las 26 sentencias del TJUE resultado de cuestiones prejudiciales elevadas por órganos judiciales españoles sobre esta Directiva, 5 se dictaron durante los primeros 20 años de su vigencia antes de la sentencia Aziz, y nada menos que 20 en los 5 años posteriores a dicha sentencia.

<sup>24</sup> En concreto la petición de decisión prejudicial se formula en el citado auto de 8 de febrero de 2016 en los siguientes términos: *“1) ¿Debe interpretarse el artículo 6, apartado 1, de la Directiva 93/13 en el sentido de que un contrato no puede subsistir sin la cláusula abusiva cuando el contrato remanente fuera irrazonablemente oneroso para el profesional?. 2) Para el caso de imposibilidad de subsistencia de un contrato irrazonablemente oneroso para el profesional, ¿estaría facultado el juez nacional para salvar el contrato, en protección del consumidor, bien aplicando una disposición de Derecho supletorio o bien habría de integrar el contrato con una regla mínimamente tolerable para el profesional?”*.

<sup>25</sup> En las conclusiones del Abogado General Sr. M. Szpunar de 13 de septiembre de 2018 (en los asuntos C-70/17 y C-179/17) apunta, no obstante, que el Tribunal de Justicia con dicha afirmación hace referencia a *“la razón de ser del artículo 6,*

- c) El principio de confianza legítima, principio acuñado por la propia jurisprudencia del TJUE (vid. sentencias de 22 de marzo de 1961 y 13 de julio de 1965 - Asunto Lemmerz-Werk -<sup>26</sup>), que ha de ser aplicado cuando se produzca la convicción en el sujeto beneficiado basado en signos externos producidos por la Administración suficientemente concluyentes que induzcan razonablemente a confiar en la legalidad de su actuación. Doctrina que cabría extrapolar teniendo en cuenta que las cláusulas ahora debatidas habían sido reiteradamente declaradas válidas por el Tribunal Supremo español (vid. sentencias de 2 de enero de 2006, 4 de junio de 2008, o 16 de diciembre de 2009, entre otras).
- d) El principio de seguridad jurídica de las actividades económicas. A este principio se refiere explícitamente y en relación con esta materia el TJUE en su Sentencia de 30 de mayo de 2013: *“Por lo que se refiere a los criterios que permiten determinar si un contrato puede efectivamente subsistir sin las cláusulas abusivas, el Tribunal de Justicia ha estimado que tanto el texto del artículo 6, apartado 1, de la Directiva 93/13 como los requisitos relativos a la seguridad jurídica de las actividades económicas abogan por un enfoque objetivo a la hora de interpretar esta disposición”*<sup>27</sup>.
- e) El principio de tutela judicial efectiva, que debe garantizar el derecho a un juicio sin dilaciones indebidas, *“dentro de un plazo razonable”* (cfr. artículo 47 de la Carta Europea de Derechos Fundamentales). Contrástese este principio con el caso a que se refiere la sentencia del TJUE de 26 de enero de 2017 (Banco Primus), en el que un procedimiento de ejecución concluido mediante adjudicación en subasta en marzo de 2011, dio lugar a tres incidentes sucesivos que paralizaron la entrega de la posesión del bien hasta abril de 2014, momento en el cual el deudor promueve un recurso extraordinario de oposición por el carácter abusivo de la cláusula de los intereses de demora, que dio lugar al planteamiento de dicha cuestión prejudicial que no fue resuelta hasta el 26 de enero de 2017.

**28.** Como *señala* el auto del Tribunal Supremo de 8 de febrero de 2017, pese a las ventajas que el proceso ejecutivo especial otorga al deudor, *“los bancos siguen acudiendo masivamente a él antes que optar por el proceso declarativo, porque es más rápido y les libera de tener que provisionar el crédito fallido durante un largo tiempo”*. Y añade que pese a ello *“los perjuicios que para los bancos supone acudir al declarativo no se traducen en ventajas de un valor equivalente para el consumidor que es deudor en ese caso concreto, y además encarece el crédito, con perjuicio para los consumidores en general”*.

**29.** Por todo ello, cabe *concluir* que la afirmación contenida en el Auto del TJUE de 17 de marzo de 2016 en el sentido de que *“sin perjuicio de las comprobaciones que a este respecto deba realizar el órgano jurisdiccional remitente, la anulación de las cláusulas contractuales en cuestión [vencimiento anticipado de la totalidad del préstamo] no parece que pueda acarrear consecuencias negativas para el consumidor, ya que ... interesa al consumidor que no se declare el vencimiento anticipado del reembolso del capital prestado”*, es una afirmación que: a) no vincula a los jueces nacionales (pues se hace sin perjuicio de la comprobación del juez nacional, por tanto ésta debe prevalecer); b) carece de precedentes en la jurisprudencia del propio Tribunal (a diferencia del caso de los intereses de demora en que ese beneficio para el consumidor es incuestionable); c) se formula con carácter dubitativo (*“no parece que ...”*), lo que es lógico pues el TJUE no tiene un conocimiento directo y completo del Derecho nacional<sup>28</sup>; y d) finalmente, esta afirmación ha sido suprimida de la sentencia del TJUE de 26 de marzo de 2019, que antes

---

*apartado 1, de la Directiva 93/13 sin pretender establecer un marco para su aplicación en casos concretos”*, pero esta opinión aparece despojada de argumentos de apoyo.

<sup>26</sup> Principio que tiene su origen en el Derecho Administrativo alemán (Sentencia de 14 de mayo de 1956 del Tribunal Contencioso-Administrativo de Berlín), y, desde las Sentencias del Tribunal de Justicia de la Comunidad Europea de 22 de marzo de 1961 y 13 de julio de 1965 (asunto Lemmerz-Werk), constituye un principio general del Derecho Comunitario.

<sup>27</sup> Apartado 47. Asunto C-397/11, Erika Jörös. Vid. en el mismo sentido la sentencia de 15 de marzo de 2012, en el asunto C-453/10, Pereničová-Perenič.

<sup>28</sup> Vid. igualmente en sentido no concluyente la STJUE de 21 de enero de 2015. De hecho la sentencia del TJUE de 26 de marzo de 2019 abandona dicha afirmación y, como veremos, remite a la apreciación de los tribunales remitentes la determinación de cual es la vía procesal más favorable para el deudor.

al contrario afirma que el “*deterioro de la posición procesal de los consumidores afectados, en caso de recurrirse al procedimiento de ejecución ordinaria en lugar de seguir el cauce del procedimiento especial de ejecución hipotecaria, es pertinente a efectos de apreciar las consecuencias de la anulación de los contratos en cuestión*”, en los términos que después veremos.<sup>29</sup>

## 7. La polémica sobre la opción judicial entre la continuidad del procedimiento de ejecución hipotecaria o su sobreseimiento.

**30.** Esta decisión del Tribunal Supremo sobre la continuidad y no sobreseimiento del procedimiento *especial* de ejecución hipotecaria a pesar de la nulidad de la cláusula de vencimiento anticipado, no compartida por otras instancias judiciales, provocó el planteamiento ante el TJUE de diversas cuestiones prejudiciales por parte de distintos juzgados españoles<sup>30</sup>, cuestionando la compatibilidad de la sentencia del Tribunal Supremo de 23 de diciembre de 2015 con la Directiva 93/13, de 5 de marzo de 1993, de protección de los consumidores frente a cláusulas abusivas, lo que a su vez dio lugar a que el propio Tribunal Supremo plantease su propia cuestión prejudicial sobre la misma materia mediante auto de 8 de febrero de 2017, lo que finalmente ha provocado que la mayoría de los Juzgados españoles hayan suspendido la tramitación de los procedimientos de ejecución hipotecarios hasta la resolución de la citada cuestión prejudicial (lo que se estima que afecta a miles de procedimientos<sup>31</sup>), generando así una situación inédita en España. Algunos autores hablan directamente de caos judicial para describir la situación que se ha generado como consecuencia de la enorme proliferación de procedimientos judiciales en esta materia y la dispersión de criterios aplicados para su resolución<sup>32</sup>.

**31.** Es cierto que esta compleja y conflictiva situación ha sido objeto de atención específica por *parte* del legislador español en la reciente Ley 5/2019, de 19 de marzo, reguladora de los contratos de crédito inmobiliario, no sólo en relación con los préstamos hipotecarios que se formalicen tras su entrada en vigor (vid. art. 24 y disposición final primera, que introduce un nuevo art. 129 bis en la Ley Hipotecaria en esta materia), sino también en relación con los préstamos hipotecarios formalizados con anterioridad a su entrada en vigor, al haber previsto en su citada disposición transitoria primera, apartado 4, que “*Para los contratos anteriores a la entrada en vigor de esta Ley en los que se incluyan cláusulas de vencimiento anticipado, será de aplicación lo previsto en el artículo 24 de esta Ley, salvo que el deudor alegara que la previsión que contiene resulta más favorable para él*”. Sin embargo, quedan fuera de dicho alcance retroactivo (impropio o de grado medio)<sup>33</sup> “*los contratos cuyo vencimiento anticipado se hubiera producido con anterioridad a la entrada en vigor de esta Ley, se hubiese instado o no un procedimiento de ejecución hipotecaria para hacerlo efectivo, y estuviera este suspendido o no*”. Por tanto, estos últimos contratos y procedimientos de ejecución quedan plenamente afectados por la jurisprudencia del Tribunal Supremo y del TJUE ahora examinada.

<sup>29</sup> Vid. apartado 63.

<sup>30</sup> En concreto se trata de las cuestiones C-92/16, planteada en febrero de 2016 por el Juzgado de 1ª Instancia nº 1 de Fuenlabrada, y la C-167/16, planteada en marzo de 2016 por el Juzgado de 1ª Instancia nº 2 de Santander.

<sup>31</sup> Las cifras citadas van desde los 17.000 a los 80.000 procedimientos.

<sup>32</sup> Este es el caso de C. SENÉS MONTILLA, en su trabajo “La adaptación a la normativa europea del vencimiento anticipado” (publicado en JIMÉNEZ CONDE (Dir), FUENTES SORIANO/GONZÁLEZ CANO (Coords.), *Adaptación del Derecho Procesal español a la normativa europea y a su interpretación por los tribunales*, Tirant lo Blanch, Valencia, 2018), en el que afirma que “*A partir de esta Sentencia de la Sala Primera se ha producido un caos en el ámbito judicial español: (i) hay tribunales que siguen “a pies juntillas” la doctrina del Tribunal Supremo, y ante la declaración de abusividad de la cláusula de vencimiento anticipado confieren traslado a las entidades de crédito (ejecutantes) para que efectúen una nueva liquidación de la deuda y, tras ella, ordenan la continuación de la ejecución; (ii) otros tribunales, en cambio, valoran las consideraciones del Tribunal Supremo como lo que verdaderamente son, obiter dicta, no vinculantes y, en consecuencia, tras la declaración de abusividad de la cláusula de vencimiento anticipado sobresean los procedimientos ejecutivos; y (iii) hay tribunales que consideran que la doctrina del Tribunal Supremo sobre el vencimiento anticipado es inconciliable con la Directiva, y al igual que sucediera en su día con la cláusula suelo han promovido cuestión prejudicial sobre dicha doctrina ante el Tribunal de Justicia (Asunto C-70/17, Abanca Corporación Bancaria, S.A./García Salamanca Santos)*”.

<sup>33</sup> Retroactividad que cabe calificar en este caso de grado medio o impropia en la medida en que se prevé la aplicación de la nueva Ley a situaciones jurídicas que aún no se han agotado en sus efectos, aunque se hubiesen iniciado con la vigencia de la ley ya derogada.

32. La situación de *desconcierto* aumentó todavía más por cuanto poco tiempo después de formular el Tribunal Supremo su cuestión prejudicial en esta materia de los vencimientos anticipados, un tribunal de instancia<sup>34</sup> mediante auto de 30 de marzo de 2017, en el marco de un procedimiento de ejecución hipotecaria, decidió plantear al Tribunal de Justicia nuevas cuestiones prejudiciales que en esencia vienen a cuestionar la interpretación que del marco normativo nacional español había hecho el propio Tribunal Supremo en su auto de 8 de febrero de 2017, ofreciendo una descripción de nuestro ordenamiento jurídico en la materia divergente a la del Alto Tribunal, ocasionando así una situación insólita que pone de manifiesto alguna de las debilidades del sistema diseñado por el Tratado de Funcionamiento de la UE en cuanto al mecanismo de cooperación entre los tribunales nacionales y el Tribunal de Justicia a través del recurso prejudicial, tema sobre el que después volveré.

## II. Las cuestiones prejudiciales sobre la cláusula de vencimiento anticipado planteadas por el tribunal supremo y por el juzgado de primera instancia nº1 de barcelona resueltas por la sentencia del tjue de 26 de marzo de 2019

### 1. Litigios principales y cuestiones prejudiciales

#### A) Asunto C-70/17. Cuestión prejudicial planteada por el Tribunal Supremo

33. En un contrato de préstamo hipotecario suscrito el día 30 de mayo de 2008 se incluía una cláusula de vencimiento anticipado de un préstamo hipotecario por falta de pago respecto de cualquiera de los vencimientos de intereses o cuotas de amortización<sup>35</sup>, respecto de la cual el prestatario presentó demanda ante el juzgado de primera instancia competente en la que solicitaba su anulación por considerarla abusiva. El juzgado estimó la demanda y declaró la nulidad de la cláusula mediante sentencia que fue confirmada en grado de apelación por la Audiencia provincial de Pontevedra en su sentencia de 14 de mayo de 2014. Frente a dicha sentencia la entidad acreedora (Abanca Corporación Bancaria) recurrió en casación ante el Tribunal Supremo planteándose como cuestiones controvertidas si la citada cláusula contractual es abusiva y cual haya de ser el alcance de la ineficacia derivada de la declaración de abusividad.

34. Durante la deliberación, votación y fallo del recurso de casación, el Tribunal Supremo consideró procedente el planteamiento de una doble petición de decisión prejudicial ante el TJUE, que formuló en los siguientes términos:

- “1) *¿Debe interpretarse el artículo 6.1 de la Directiva 93/13[...] en el sentido de que admite la posibilidad de que un tribunal nacional, al enjuiciar la abusividad de una cláusula de vencimiento anticipado incorporada en un contrato de préstamo hipotecario celebrado con un consumidor que prevé el vencimiento por impago de una cuota, además de otros supuestos de impago por más cuotas, aprecie la abusividad solo del inciso o supuesto del impago de una cuota y mantenga la validez del pacto de vencimiento anticipado por impago de cuotas también previsto con carácter general en la cláusula, con independencia de que el juicio concreto de validez o abusividad deba diferirse al momento del ejercicio de la facultad [de declarar el vencimiento anticipado del préstamo]?*
- 2) *¿Tiene facultades un tribunal nacional, conforme a la Directiva 93/13[...], para —una vez declarada abusiva una cláusula de vencimiento anticipado de un contrato de préstamo o crédito*

<sup>34</sup> El Juzgado de Primera Instancia nº 1 de Barcelona.

<sup>35</sup> La cláusula en concreto era del siguiente tenor literal:

“6 bis. Resolución anticipada por la entidad de crédito.

*La Caja, sin necesidad de requerimiento previo, podrá dar por vencido el préstamo y exigir judicialmente la totalidad de la deuda, tanto de las cantidades vencidas como pendientes de vencer, con sus intereses, demoras, gastos y costas, en los siguientes casos:*

*a) Falta de pago de cualquiera de los vencimientos de intereses o cuotas de amortización, incluidos todos los conceptos que la integran, solicitando expresamente las partes la constancia de este pacto en los libros del Registro de la propiedad, según lo dispuesto en el artículo 693 de la [LEC]. [...]”*

*con garantía hipotecaria— poder valorar que la aplicación supletoria de una norma de Derecho nacional, aunque determine el inicio o la continuación del proceso de ejecución contra el consumidor; resulta más favorable para el mismo que sobreseer dicho proceso especial de ejecución hipotecaria y permitir al acreedor instar la resolución del contrato de préstamo o crédito, o la reclamación de las cantidades debidas, y la subsiguiente ejecución de la sentencia condenatoria, sin las ventajas que la ejecución especial hipotecaria reconoce al consumidor?”*

## 2. Asunto C-179/17. Cuestión prejudicial planteada por el Juzgado de Primera Instancia nº1 de Barcelona

35. En un contrato de préstamo hipotecario suscrito el día 22 de junio de 2005 se incluía una cláusula de vencimiento anticipado de un préstamo hipotecario por falta de pago respecto de “uno, varios o todos los plazos” de amortización pactados<sup>36</sup>. Tras el impago de 36 cuotas por parte de los deudores la entidad acreedora (Bankia) presentó ante el Juzgado de Primera Instancia nº1 de Barcelona demanda de ejecución hipotecaria del bien sobre el que se constituyó la hipoteca en garantía del préstamo concedido. El citado juzgado alberga dudas en cuanto a la compatibilidad de la jurisprudencia del Tribunal Supremo contenida en las sentencias de 23 de diciembre de 2015 y 18 de febrero de 2016, antes reseñadas, con los artículos 6 y 7 de la Directiva 93/13, por lo que mediante auto de fecha 30 de marzo de 2017 decidió suspender el procedimiento de ejecución y plantear al Tribunal de Justicia las siguientes cuestiones prejudiciales:

- “1) *¿Se opone a los artículos 6 y 7 de la Directiva 93/13 una doctrina jurisprudencial (sentencia del Tribunal Supremo de 18 de febrero de 2016) según la cual, a pesar de la abusividad de la cláusula de vencimiento anticipado y a pesar de tratarse de la cláusula que fundamenta la demanda ejecutiva, no debe archivarse la ejecución hipotecaria porque su continuación es más beneficiosa para el consumidor; dado que en una eventual ejecución de una sentencia dictada en un procedimiento declarativo basado en el artículo 1124 del Código Civil el consumidor no podría beneficiarse de los privilegios procesales propios de la ejecución hipotecaria, pero sin tener en cuenta dicha doctrina jurisprudencial que, según una jurisprudencia continuada y consolidada del propio Tribunal Supremo, este artículo 1124 del Código Civil (previsto para los contratos que generan obligaciones recíprocas) no es aplicable al contrato de préstamo, al ser un contrato real y unilateral que no se perfecciona hasta la entrega del dinero y que, por ello, solo genera obligaciones para el prestatario y no para el prestamista (acreedor), con lo que, de seguirse esta doctrina del mismo Tribunal Supremo en el proceso declarativo, el consumidor podría obtener un pronunciamiento desestimatorio de la pretensión resolutoria e indemnizatoria y ya no podría sostenerse que la continuación de la ejecución hipotecaria le resulta más beneficiosa?*
- 2) *Para el caso de admitirse la aplicación del artículo 1124 del Código Civil a los contratos de préstamo o en todos los casos de contratos de crédito, ¿se opone a los artículos 6 y 7 de la Directiva 93/13 una doctrina jurisprudencial como la indicada que no tiene en cuenta, para valorar si le resulta más beneficioso para el consumidor la continuación de la ejecución hipotecaria o más perjudicial la tramitación de un declarativo basado en el artículo 1124 del Código Civil, que en este procedimiento puede desestimarse la resolución del contrato y la petición indemnizatoria si el tribunal aplica la previsión del mismo artículo 1124 del Código Civil según la cual “el tribunal decretará la resolución que se reclame, a no haber causas justificadas que le autoricen para señalar plazo”, teniendo en cuenta que precisamente en el contexto de préstamos y créditos hipotecarios para adquirir viviendas con duraciones prolongadas (20 o 30 años) es relativamente probable que los tribunales apliquen esta causa de desestimación, especialmente cuando el incumplimiento efectivo de la obligación de pago no haya sido muy grave?*
- 3) *Para el caso de aceptarse que es más beneficioso para el consumidor continuar la ejecución hipotecaria con los efectos del vencimiento anticipado, ¿se opone a los artículos 6 y 7 de la Directiva 93/13 una doctrina jurisprudencial como la indicada que aplica supletoriamente una*

<sup>36</sup> El tenor literal de la cláusula era el siguiente:

No obstante el plazo estipulado de duración del presente contrato, la Caja acreedora podrá dar por vencido el préstamo, considerándolo resuelto y anticipadamente vencida la deuda en su totalidad [entre otros supuestos] *por la falta de pago a su vencimiento de uno, varios o todos los plazos establecidos en la cláusula [relativa a la amortización].»*

*norma legal (artículo 693.2 LEC a pesar de que el contrato puede subsistir sin la cláusula de vencimiento anticipado, y que otorga efectos a dicho artículo 693.2 LEC a pesar de que no se da su presupuesto fundamental: la existencia en el contrato de un convenio válido y eficaz de vencimiento anticipado, que precisamente ha sido declarado abusivo, nulo e ineficaz?»*

36. Para comprender mejor el sentido de las cuestiones prejudiciales planteadas conviene señalar cuáles son las discrepancias del órgano judicial remitente con la jurisprudencia del Tribunal Supremo en esta materia. Por una parte, como resulta de los antecedentes de la Sentencia del TJUE de 26 de marzo de 2019, cuestiona que el procedimiento de ejecución hipotecaria sea más ventajoso que la resolución judicial del contrato de préstamo hipotecario basada en el artículo 1124 del Código Civil y el inicio de un procedimiento de ejecución ordinaria. A este respecto, señala que en el procedimiento de ejecución ordinaria el consumidor podría, en la práctica, ganar tiempo y evitar momentáneamente que le lancen de su vivienda. Además, un análisis de la jurisprudencia del Tribunal Supremo y de la redacción del artículo 1124 del Código Civil pone de manifiesto, según el órgano jurisdiccional remitente, que, en el caso de préstamos hipotecarios destinados a la adquisición de una vivienda, es relativamente probable que la acción declarativa basada en el artículo 1124 del Código Civil sea desestimada porque este artículo no es aplicable a los contratos de préstamo.

37. Por otra parte, según el juzgado remitente, la aplicación supletoria del artículo 693, apartado 2, de la Ley de Enjuiciamiento Civil, en su versión vigente con posterioridad a la firma del contrato de préstamo hipotecario, en sustitución de la cláusula contractual declarada abusiva, resulta problemática por dos razones. En primer lugar, con arreglo a la jurisprudencia del Tribunal de Justicia<sup>37</sup>, el juez nacional puede sustituir una cláusula abusiva por una disposición supletoria de Derecho nacional únicamente en “*los supuestos en los que la declaración de la nulidad de la cláusula abusiva obligaría al juez a anular el contrato en su totalidad, quedando expuesto el consumidor de ese modo a consecuencias de tal índole que representarían para este una penalización*”, estimando que en este caso no se produce dicha nulidad total del contrato. En segundo lugar, el juzgado remitente señala que, suponiendo que pueda recurrirse en abstracto a la aplicación supletoria del artículo 693, apartado 2, de la citada Ley<sup>38</sup>, la existencia de un convenio entre las partes es un requisito fundamental impuesto por esta disposición para su aplicación, siendo así que aunque ciertamente existía tal convenio o estipulación en el contrato debatido, sin embargo precisamente dicho convenio ha sido declarado abusivo y nulo.

38. Estimando el órgano judicial remitente que todas estas cuestiones jurídicas pueden ser importantes en el contexto de la respuesta que deba darse a la petición de decisión prejudicial planteada por el Tribunal Supremo en el asunto C70/17, el juzgado remitente estimó oportuno presentar ante el Tribunal de Justicia una nueva petición de decisión prejudicial para que pueda, en su caso, acumularse a la petición presentada anteriormente en el asunto C70/17, acumulación que acordó el citado Tribunal.

39. Antes de analizar la respuesta del Tribunal de Justicia sobre el fondo de las citadas cuestiones prejudiciales debemos abordar la cuestión relativa a la admisibilidad de la petición de decisión prejudicial presentada por el citado Juzgado de Primera Instancia de Barcelona nº 1.

## **2. Sobre la admisibilidad de la cuestión prejudicial planteada por el Juzgado de Primera Instancia nº1 de Barcelona, y las singulares características del recurso prejudicial conforme al artículo 267 del Tratado de Funcionamiento de la Unión Europea**

40. Como hemos señalado “*supra*”, en el presente tema estamos ante una situación insólita en la que básicamente la cuestión prejudicial presentada por el Juzgado de Primera Instancia nº 1 de Barcelona<sup>39</sup> tiene como motivo fundamental tratar de completar la descripción del marco jurídico del

<sup>37</sup> En particular su sentencia de 21 de enero de 2015, Unicaja Banco y Caixabank (C482/13, C484/13, C485/13 y C487/13).

<sup>38</sup> En su versión vigente con posterioridad a la firma del contrato de préstamo hipotecario.

<sup>39</sup> Mediante su auto de 30 de marzo de 2017.



Derecho nacional español en la materia tratada (las cláusulas de vencimiento anticipado en los préstamos hipotecarios y los efectos de su anulación por abusividad en caso de ejecución de la garantía por incumplimiento de la obligación garantizada), en términos tales que pueden ser considerados como una “*enmienda*” o rectificación de la descripción de dicho marco jurídico hecha por el propio Tribunal Supremo en el auto<sup>40</sup> de planteamiento de su cuestión prejudicial sobre la misma materia (As. C-70/17), en el sentido de que no sólo viene a cuestionar la compatibilidad de la jurisprudencia del Tribunal Supremo contenida en sus sentencias de 23 de diciembre de 2015 y 18 de febrero de 2016 con los artículos 6 y 7 de la Directiva 93/13, sino que, además, cuestiona algunas de las consideraciones jurídicas de Derecho interno que se contienen en las citadas sentencias, citando en apoyo de su discrepancia como fuente de autoridad precisa y paradójicamente la jurisprudencia anterior del mismo Tribunal Supremo. Luego volveré sobre el punto esencial de dicha discrepancia (relacionada con la aplicación del artículo 1124 del Código civil español, y la facultad de resolución del contrato que brinda a cada una de las partes contratantes en caso de incumplimiento por la otra parte, a los préstamos hipotecarios).

**41.** Esta situación suscita una inevitable reflexión sobre las particulares características que presenta el procedimiento prejudicial del artículo 267 del Tratado de Funcionamiento de la UE. Según el Reglamento del procedimiento (art. 94), el juez nacional que plantea la cuestión debe informar sobre el texto de las disposiciones nacionales que puedan ser aplicables al asunto y, en su caso, la jurisprudencia nacional pertinente, y la relación entre las mismas y el litigio principal.

**42.** Esto significa que el TJUE no aplica a los Derechos nacionales la máxima “*da mihi factum, dabo tibi ius*”, que refleja la clásica distinción romana entre las “*quaestio facti*” y las “*quaestio iuris*”. De forma que tanto en los pronunciamientos sobre “*interpretación conforme*” como en los relativos a declaraciones de incompatibilidad entre normas o jurisprudencia nacional y el Derecho comunitario, aquellas están sometidas al principio dispositivo, como elementos fácticos. Se equiparan pues al tratamiento que, en el ámbito de los litigios nacionales, tiene el Derecho extranjero. Pero con una diferencia fundamental, porque en los procedimientos prejudiciales no se discute sobre la correcta o incorrecta aplicación al caso de una norma nacional o extranjera, sino que se enjuicia la propia norma aplicada y su compatibilidad o no con el Derecho comunitario. La ley nacional actúa respecto del Derecho comunitario con la misma subordinación con que actúa un reglamento interno respecto de una ley interna, conforme a los principios del reconocimiento del efecto directo (vid. Sentencia de 5 de febrero de 1963, Van Gend & Loos) y de primacía (vid. Sentencia de 15 de julio de 1964, Flamingo Costa/ENEL).

De ahí la extraordinaria importancia de la correcta exposición y descripción de la legislación y jurisprudencia que definen el marco jurídico del Derecho nacional que ha de acompañar el órgano judicial remitente al TJUE junto con la petición de la decisión prejudicial.

**43.** En el caso que ahora analizamos al hecho insólito de que los dos órganos remitentes (Tribunal Supremo y Juzgado de Primera Instancia nº1 de Barcelona) describan no sólo de forma distinta, sino incluso contradictoria, algunos elementos de dicho marco jurídico nacional, se refiere el Abogado General Sr. M. Szpunar en sus conclusiones de 13 de septiembre de 2018 en términos que hieren el principio de jerarquía jurisdiccional. De hecho el Gobierno español, en sus observaciones escritas, rechazaba la admisibilidad de la cuestión prejudicial en el asunto C179/17 (la formulada por el Juzgado de Primera Instancia nº 1 de Barcelona), precisamente, entre otros motivos, porque el objeto del auto de remisión era el de completar/rectificar el marco jurídico expuesto por el Tribunal Supremo en el asunto C70/17 (el resultante del auto de 8 de febrero de 2017). A este respecto alega, en primer lugar, que el objeto de una cuestión prejudicial es la interpretación de normas del Derecho de la Unión, y que el Juzgado de Primera Instancia de Barcelona cuestiona la valoración jurídica de las normas de Derecho nacional efectuada por el Tribunal Supremo, aun cuando éste es el órgano jurisdiccional superior en todos los órdenes, y está encargado de interpretar el Derecho nacional, de modo que, en virtud del artículo 123, apartado 1, de la Constitución española y del artículo 1, apartado 6, del Código Civil, su jurisprudencia complementa el ordenamiento jurídico español.

<sup>40</sup> Vid. auto de 8 de febrero de 2017.

44. No lo entiende así el Abogado General Sr. M. Szpunar en sus conclusiones. A pesar de que comienza reconociendo que el Juzgado de Primera Instancia nº 1 de Barcelona, en su auto de remisión (asunto C179/17), presentó una interpretación del marco jurídico nacional controvertido distinta de la adoptada por el Tribunal Supremo en su propio auto de remisión (asunto C70/17), y que el Tribunal de Justicia ha declarado reiteradamente que incumbe al tribunal remitente determinar la interpretación correcta del Derecho nacional en los asuntos de los que conoce, sin embargo, estima que *“la circunstancia de que los dos órganos jurisdiccionales hayan proporcionado una interpretación diferente del marco jurídico nacional controvertido no impide al Tribunal de Justicia ofrecer una interpretación útil del Derecho de la Unión. Además, estas interpretaciones divergentes del Derecho nacional no pueden poner en cuestión las características esenciales del sistema de cooperación entre el Tribunal de Justicia y los órganos jurisdiccionales nacionales establecido por el artículo 267 TFUE, tal como se derivan de la reiterada jurisprudencia del Tribunal de Justicia”*. A lo que añade a continuación que *“esta cooperación se basa en la igualdad entre los tribunales de última instancia y los órganos jurisdiccionales de rango inferior. Así, con independencia de su interpretación del Derecho nacional, ante una divergencia en la interpretación del Derecho de la Unión, cada uno puede —o, en su caso, debe poder— plantear cuestiones prejudiciales al Tribunal de Justicia”*<sup>41</sup>. Por ello, y considerando que todas las cuestiones planteadas guardan relación con la interpretación de los artículos 6 y 7 de la Directiva 93/13, estima que la cuestión elevada por el citado Juzgado de Barcelona es admisible y debe resolverse.

45. Ciertamente, elemento esencial del proceso de cooperación entre los órganos judiciales nacionales y el Tribunal de Justicia es la figura del recurso prejudicial. Se produce así una interacción, un *“diálogo”*<sup>42</sup>, entre los tribunales nacionales y el Tribunal de Justicia que configura una nueva situación de pluralismo judicial cuyas reglas de desenvolvimiento en ocasiones genera perplejidades y dudas (ahí está por ejemplo el derecho fundamental a la tutela judicial efectiva y el entrecruzamiento de pronunciamientos judiciales sobre el mismo procedentes ya de los Tribunales Constitucionales internos, ya del Tribunal de Derechos Humanos de Estrasburgo, ya del Tribunal de Justicia de la Unión Europea; o el hecho singular de que tribunales inferiores, como vemos, puedan acudir *“per saltum”* al TJUE para cuestionar la jurisprudencia de los tribunales superiores).

46. Estamos ante una manifestación más de la crisis del principio de jerarquía no ya normativa (a la que aludía Kelsen con su famosa imagen sobre la pirámide normativa) sino jurisdiccional. Se refiere a este fenómeno el profesor Armin Von Bogdandy, director del Instituto Max Planck de Derecho Internacional y de Derecho público comparado de la Universidad de Heidelberg en el libro *“Un Tribunal para la Constitución”*<sup>43</sup>, al afirmar que los tribunales nacionales de los países europeos no viven ya en un universo normativo nacional, sino que son parte de un *“pluriverso”* donde se entrecruzan otros ordenamientos, y entre estos otros ordenamientos está el de la Unión Europea con su Tribunal de Luxemburgo.

47. En el presente caso, el Tribunal de Justicia en su sentencia de 26 de marzo de 2017 desestima la petición de inadmisión formulada por el Gobierno español, recordando su previa jurisprudencia sobre el objeto de las cuestiones prejudiciales, que ha de estar referida a la interpretación del Derecho de la Unión, y al carácter indeclinable de la jurisdicción del Tribunal de Justicia ante las cuestiones planteadas con tal objeto<sup>44</sup>, de forma que está, en principio, obligado a pronunciarse, pudiendo abstenerse únicamente cuando resulte evidente que la interpretación del Derecho de la Unión solicitada no guarda relación alguna ni con la realidad ni con el objeto del litigio principal, cuando el problema sea de naturaleza hipotética o cuando el Tribunal de Justicia no disponga de los elementos de hecho y de Derecho necesarios para responder adecuadamente a las cuestiones que se le hayan planteado, considerando que en el presente caso no concurre ninguna de dichas causas de excepción.

<sup>41</sup> Vid. apartados 58 a 61 de las conclusiones.

<sup>42</sup> Según expresión que ha hecho fortuna.

<sup>43</sup> Fundación Registral, 2017.

<sup>44</sup> Vid. sentencias de 16 de junio de 2015, Gauweiler y otros, C62/14, EU:C:2015:400, apartado 25, y de 20 de diciembre de 2017, Global Starnet, C322/16, apartado 17.

48. Por ello, el Tribunal admite ambas cuestiones prejudiciales, las acumula y procede a su análisis conjunto, considerando que fundamentalmente consisten en decidir si los artículos 6 y 7 de la Directiva 93/13 deben interpretarse en el sentido de que, por una parte, cuando una cláusula de vencimiento anticipado de un contrato de préstamo hipotecario sea declarada abusiva, ésta puede, no obstante, conservarse parcialmente mediante la supresión de los elementos que la hacen abusiva; y por otra parte, de no ser así, si el procedimiento de ejecución hipotecaria iniciado en aplicación de esta cláusula puede en cualquier caso seguir tramitándose aplicando supletoriamente una norma de Derecho nacional, en la medida en que la imposibilidad de recurrir a este procedimiento puede ser contraria a los intereses de los consumidores<sup>45</sup>.

### 3. Una cuestión previa: ¿Es abusiva la cláusula de vencimiento anticipado “*in casu*”? Los criterios del TJUE y su aplicación por el Tribunal Supremo español.

49. Ya vimos anteriormente el tenor literal de las dos cláusulas de vencimiento anticipado incluidas en los dos contratos de préstamo hipotecario analizados en los dos litigios principales. En ambos casos coincidían en atribuir al acreedor la facultad de resolver anticipadamente el contrato y dar por vencido el préstamo y exigir judicialmente la totalidad de la deuda por falta de pago de “*cualquiera de los vencimientos de intereses o cuotas de amortización*” (en un caso) o de “*uno, varios o todos*” los vencimientos periódicos (en el otro).

50. En ambos casos los órganos judiciales remitentes (Tribunal Supremo y Juzgado de Primera Instancia nº1 de Barcelona) consideraban nulas por abusivas dichas cláusulas. Dicha apreciación la hacen en función de las competencias (de ejercicio obligado) que corresponden a los órganos judiciales nacionales conforme a la jurisprudencia del Tribunal de Justicia. Como recuerda este último, una vez más, en su sentencia de 26 de marzo de 2019, el sistema de protección establecido por la Directiva 93/13 se basa en la idea de que el consumidor se halla en situación de inferioridad respecto al profesional, en lo referido tanto a la capacidad de negociación como al nivel de información, situación que le lleva a adherirse a las condiciones redactadas de antemano por el profesional sin poder influir en su contenido<sup>46</sup>. En ese contexto “*incumbe al juez nacional, atendiendo a los criterios enunciados en el artículo 3, apartado 1, y en el artículo 5 de la Directiva 93/13, determinar si, dadas las circunstancias propias del caso concreto, esa cláusula cumple las exigencias de buena fe, equilibrio y transparencia establecidas por esta Directiva*” (vid. las sentencias de 21 de marzo de 2013, RWE Vertrieb, C92/11, apartados 42 a 48, y de 30 de abril de 2014, Kásler y Káslerné Rábai, C26/13, apartado 40).

51. Por tanto, la apreciación de la abusividad de una cláusula contractual no negociada individualmente en un contrato con consumidores, y su eventual declaración de nulidad respectiva, corresponde a los tribunales nacionales que entiendan del litigio principal, apreciación que deberán realizar aplicando “*in casu*” los criterios que en interpretación del artículo 3.1 y 5 de la citada Directiva 93/13 ha establecido la propia jurisprudencia del Tribunal de Justicia. ¿Realmente se han aplicado en este caso correctamente los criterios de dicho Tribunal?. Para despejar esta cuestión han de recordarse brevemente dichos criterios.

52. En el recurso prejudicial que dio lugar a la Sentencia del TJUE de 14 de marzo de 2013 se pedía que el Tribunal precisase los elementos constitutivos del concepto de “*cláusula abusiva*”, elementos que, conforme al artículo 3.1 de la Directiva 93/13, son dos: el de “*desequilibrio importante en detrimento del consumidor entre los derechos y obligaciones de las partes*”; y el de contradicción con las exigencias de la “*buena fe*”.

Como ya señalamos “*supra*”, el Tribunal destaca en dicha sentencia que “*para determinar si una cláusula causa en detrimento del consumidor un «desequilibrio importante» entre los derechos y las obligaciones de las partes que se derivan del contrato, deben tenerse en cuenta, en particular, las normas aplicables en Derecho nacional cuando no exista un acuerdo de las partes en ese sentido.*”

<sup>45</sup> Vid. apartado 48.

<sup>46</sup> Vid, en particular, la sentencia de 3 de junio de 2010, Caja de Ahorros y Monte de Piedad de Madrid, C484/08, apartado 27 y jurisprudencia citada.

*Mediante un análisis comparativo de ese tipo, el juez nacional podrá valorar si -y, en su caso, en qué medida- el contrato deja al consumidor en una situación jurídica menos favorable que la prevista por el Derecho nacional vigente. Asimismo, resulta pertinente a estos efectos examinar la situación jurídica en que se encuentra ese consumidor a la vista de los medios de que dispone con arreglo a la normativa nacional para que cese el uso de cláusulas abusivas”.*

**53.** Y en particular respecto de la concreta cláusula de vencimiento anticipado, el Tribunal precisa que para ponderar aquel desequilibrio el juez nacional debe tener en cuenta los *siguientes* extremos: 1º si esa facultad depende de que el consumidor haya incumplido una obligación esencial del contrato; 2º si está prevista para los casos en los que el incumplimiento tiene carácter suficientemente grave con respecto a la duración y cuantía del préstamo; 3º si dicha facultad constituye una excepción con respecto a las normas aplicables en la materia; y 4º si el Derecho nacional prevé medios adecuados y eficaces que permitan al consumidor poner remedio a los efectos del vencimiento anticipado<sup>47</sup>.

**54.** El Tribunal Supremo español, como se dijo “*supra*”, en sus Sentencias de 23 de diciembre de 2015 y 18 de febrero de 2016, en aplicación de tales criterios ha afirmado el carácter abusivo de la cláusula de vencimiento anticipado por incumplimiento de una sólo cuota de amortización del préstamo, al considerar que se asocia dicha facultad resolutoria o de vencimiento anticipado a un incumplimiento que, si bien se refiere a una obligación esencial (pago de las cuotas periódicas de amortización e intereses), no reviste suficiente gravedad al preverse en la cláusula para los casos de impago de una sola cuota periódica.

#### **4. Las dudas que suscita la materia. El carácter de “norma autorizatoria” del artículo 693.2 de la Ley de Enjuiciamiento Civil y sus consecuencias**

##### **A) Carácter concurrente o alternativo de los requisitos de ponderación del TJUE**

**55.** Una de las primeras dudas que plantea este tema es la de si todas las circunstancias antes enumeradas (que ha de ponderar el juez nacional) deben entenderse en sentido concurrente o alternativo. Es decir, si faltando alguna de ellas ya no procede la calificación de abusiva de la cláusula. Más en concreto, surge la duda de si previendo el ordenamiento nacional remedios contra los efectos del vencimiento anticipado, como es la liberación de la finca conforme al apartado 3 del artículo 693 de la Ley de Enjuiciamiento Civil, por el cual puede el deudor conseguir el sobreseimiento del procedimiento de ejecución hipotecaria consignando exclusivamente la cantidad exacta que por principal e intereses estuviera vencida en la fecha de la demanda<sup>48</sup>, puede seguir manteniéndose el carácter abusivo de la cláusula<sup>49</sup>. Es ésta una facultad que se reconoce al deudor en el marco del procedimiento especial de ejecución hipotecaria y no en el procedimiento de ejecución ordinaria, y constituye precisamente uno de los motivos por los que el Tribunal Supremo en sus sentencias de 23 de diciembre de 2015 y 18 de febrero de 2016, y en el propio auto de planteamiento de la cuestión prejudicial de 8 de febrero de 2017, considera que, a pesar

<sup>47</sup> Vid. en el mismo sentido la sentencia del TJUE de 26 de enero de 2017, asunto C-421-14 (*Banco Primus*).

<sup>48</sup> Conforme al cual “*En el caso a que se refiere el apartado anterior, el acreedor podrá solicitar que, sin perjuicio de que la ejecución se despache por la totalidad de la deuda, se comunique al deudor que, antes de que se cierre la subasta, podrá liberar el bien mediante la consignación de la cantidad exacta que por principal e intereses estuviere vencida en la fecha de presentación de la demanda, incrementada, en su caso, con los vencimientos del préstamo y los intereses de demora que se vayan produciendo a lo largo del procedimiento y resulten impagados en todo o en parte. A estos efectos, el acreedor podrá solicitar que se proceda conforme a lo previsto en el apartado 2 del artículo 578.*

*Si el bien hipotecado fuese la vivienda habitual, el deudor podrá, aun sin el consentimiento del acreedor, liberar el bien mediante la consignación de las cantidades expresadas en el párrafo anterior.*

*Liberado un bien por primera vez, podrá liberarse en segunda o ulteriores ocasiones siempre que, al menos, medien tres años entre la fecha de la liberación y la del requerimiento de pago judicial o extrajudicial efectuada por el acreedor”.*

<sup>49</sup> Es más, en el Derecho español existe una posibilidad - inexistente en el Derecho comparado -, cual es la subrogación de otra entidad financiera en la posición del acreedor inicial sin necesidad de recabar el consentimiento de este último, en virtud de la Ley 2/1994, de 30 de marzo, sobre subrogaciones y modificaciones de préstamos hipotecarios con la subsiguiente posibilidad de modificar o eliminar la cláusula abusiva del contrato mediante su novación parcial.

de la nulidad de la cláusula de vencimiento anticipado, puede resultar más favorable para el consumidor la opción de continuar la tramitación del procedimiento de ejecución hipotecaria que la de sobreseerlo.

**56.** Pero ahora citamos este artículo 693.3 de la Ley de Enjuiciamiento Civil desde otra perspectiva distinta, no la de los efectos jurídicos derivados de la declaración de abusividad, sino desde la óptica previa de la propia apreciación o calificación de la abusividad o no abusividad de la cláusula, en el sentido de que si, conforme a la sentencia del Tribunal de Justicia de 14 de marzo de 2013, uno de los criterios que debe ponderar el juez nacional para apreciar la abusividad de las cláusulas de vencimiento anticipado es la circunstancia de “*si el Derecho nacional prevé medios adecuados y eficaces que permitan al consumidor poner remedio a los efectos del vencimiento anticipado*”, y si dicho remedio (en forma de la liberación indicada) existe, quizás ello debería haber llevado a una conclusión distinta en cuanto a dicha apreciación.

**57.** Este criterio puede ser interpretado en un doble sentido: o bien considerando que no basta para excluir de la consideración de una cláusula de vencimiento anticipado como abusiva que la misma sólo vincule dicho vencimiento a un incumplimiento grave de una obligación esencial, sino que, además, el ordenamiento jurídico nacional debe prever medios adecuados y eficaces que permitan al consumidor poner remedio a dicho vencimiento, o bien entender dicho criterio en el sentido de que si tales remedios existen, la cláusula no sería abusiva incluso aunque el incumplimiento que genere el efecto del vencimiento no sea grave (o no esté referido a una obligación esencial), puesto que dicho efecto puede ser evitado por el deudor acudiendo al remedio legalmente previsto. En cuanto a la primera opción interpretativa indicada lo cierto es que provoca la incongruencia de que la abusividad o no abusividad de la cláusula contractual no dependería autónomamente de su contenido (ni por tanto de la voluntad y conducta de los contratantes), sino que sería tributaria de un factor totalmente ajeno al poder de configuración contractual y a la voluntad de las partes, como es el contenido de la ley nacional. Aunque esto en sí mismo pueda resultar paradójico, sin embargo no resulta totalmente absurdo desde la lógica de la jurisprudencia del Tribunal de Justicia en la materia, pues recordemos que con carácter general, para cualquier tipo de cláusulas en contratos con consumidores, uno de los criterios fundamentales para valorar la abusividad o no de una estipulación es el de comparar el contenido de dicha estipulación en cuanto a los derechos y obligaciones que atribuye a las partes con la situación resultante de la aplicación supletoria de una norma dispositiva del Derecho nacional, y si de dicha comparación resulta que la situación del consumidor es mejor, peor o igual en uno y otro caso (cuando el resultado de la aplicación de la cláusula empeora la situación del consumidor respecto de la situación resultante de la aplicación de la norma supletoria, desde esta perspectiva, la cláusula sería abusiva).

**58.** Por tanto, también conforme a este criterio la abusividad de una cláusula contractual no depende sólo de su contenido intrínseco, sino de su comparación con la norma supletoria. Aún así resulta forzado que una cláusula de vencimiento anticipado haya de ser calificada siempre y en todo caso como abusiva, con independencia de su contenido específico (es decir, incluso en caso de estar referida a incumplimientos graves de obligaciones esenciales), salvo que la legislación nacional prevea remedios eficaces a disposición del consumidor para evitar el vencimiento.

**59.** Todo ello debería quizás haber sido objeto de valoración por parte del Tribunal Supremo para seguir fielmente la jurisprudencia del Tribunal de Justicia, pues la lectura que hace nuestro Alto Tribunal de la sentencia de 14 de marzo de 2013 es parcial en el sentido de que toma en consideración exclusivamente dos de los cuatro criterios que señala esta sentencia (la esencialidad de la obligación y la gravedad del incumplimiento).

**60.** Por ello, en mi opinión, el Tribunal Supremo quizás debería haber accedido a la petición que en este punto hizo la entidad acreedora Abanca al solicitar, en el litigio principal de que trae causa la cuestión C-70/17, la inclusión en la petición de decisión prejudicial (además de la relativa a la “*blue pencil rule*”) de la siguiente cuestión: “b) Debe interpretarse el apartado 3.1 de la Directiva 93/13 en el sentido de que exige que el tribunal nacional, al enjuiciar la *abusividad de una cláusula de vencimien-*

*to anticipado incorporada en un contrato de préstamo hipotecario celebrado con un consumidor que prevé el vencimiento por impago de una cuota, tenga en cuenta de forma conjunta los cuatro criterios de enjuiciamiento de este tipo de cláusulas de las Sentencias del TJUE de 14 de marzo de 2013, asunto C-415/11, y de 26 de enero de 2017, asunto C-421-14, de manera que: a) el criterio relativo a la gravedad del incumplimiento en atención a la cuantía y duración del préstamo deba también valorarse atendiendo a las reglas del Derecho nacional que regulan el vencimiento o resolución anticipada en caso de incumplimiento de una obligación contractual; y b) deba atenderse a la posibilidad que el ordenamiento nacional concede al consumidor adherente de la cláusula de dejar sin efecto el vencimiento anticipado por impago abonando las cuotas vencidas e impagadas; o por el contrario, basta con que el tribunal nacional considere que la cláusula no supera el criterio relativo a la gravedad del incumplimiento en atención a la cuantía y duración del préstamo para que deba decretarse la abusividad de la cláusula sin que resulte necesario ponderar los restantes criterios indicados en las Sentencias del TJUE de 14 de marzo de 2013, asunto C.415-11, y de 26 de enero de 2017, asunto C-421/14 ?”.*<sup>50</sup>

### **B) El criterio relativo a si la facultad de vencimiento anticipado constituye una excepción con respecto a las normas aplicables en la materia**

**61.** Como vimos más arriba éste es otro de los cuatro criterios que, conforme a la jurisprudencia reiterada del Tribunal de Justicia, los jueces nacionales han de tomar en consideración para ponderar y decidir sobre la abusividad de una cláusula de vencimiento anticipado. Sin embargo, las sentencias del Tribunal Supremo de 23 de diciembre de 2015 y 18 de febrero de 2016 no se refieren a este extremo en su fundamentación respecto de las cláusulas que analizaron en dichos pleitos.

**62.** El tema puede tener relevancia pues tales cláusulas, como las examinadas en los dos litigios principales a que se refieren las cuestiones prejudiciales de los asuntos C-70/17 y C-179/17, no pueden estimarse como supuestos de carácter excepcional en el tráfico jurídico, pues no sólo se trata de una estipulación expresamente prevista en la norma (cfr. art. 693.2 LEC), sino que su uso en la práctica contractual está generalizadísimo. Y ello hasta el extremo de que, como afirma el propio auto de 8 de febrero de 2017 del Tribunal Supremo de planteamiento de la cuestión prejudicial, en su interesante fundamento jurídico octavo (sobre “*contexto socioeconómico del préstamo hipotecario para la adquisición de vivienda en España*”), “*Los datos de la estadística judicial en España indican que entre los años 2009 y 2015, se iniciaron 587.995 procesos especiales de ejecución hipotecaria. No es aventurado afirmar que en prácticamente todos ellos, ante el incumplimiento del deudor, se hizo uso por el acreedor de la facultad de vencimiento anticipado*”.

**63.** Este aspecto de la cuestión es esencial y, en mi opinión, quizás podría existir aquí una laguna en las sentencias del Tribunal Supremo que han analizado este tema (sentencias de 23 de diciembre de 2015 y 18 de febrero de 2016) al hacer aplicación de la jurisprudencia del TJUE. En los casos de los préstamos hipotecarios examinados en tales sentencias la redacción vigente del artículo 693 de la Ley de Enjuiciamiento Civil, apartados 1 y 2, a la fecha de la firma del contrato era la originaria dada por la Ley 1/2000, de 7 de enero, de Enjuiciamiento Civil. Conforme a este apartado 2 (concordante con el 1) “*Podrá reclamarse la totalidad de lo adeudado por capital y por intereses si se hubiese convenido el vencimiento total en caso de falta de pago de alguno de los plazos diferentes y este convenio constase inscrito en el Registro*”. En concordancia exacta con esta previsión legal, la mayor parte de los préstamos hipotecarios firmados en España durante la vigencia de dicha norma (hasta su reforma por Ley 1/2013) contienen una cláusula como la prevista en dicha disposición legal.

**64.** Todo lo cual supone que la cláusula de vencimiento anticipado aquí analizada no “*constituye una excepción con respecto a las normas aplicables en la materia*”.

<sup>50</sup> Si de este condicionante se puede prescindir, ¿también se puede prescindir de otros?. Por ejemplo, ¿cabe el vencimiento anticipado por un incumplimiento grave y reiterado de una obligación no esencial (distinta del pago del capital y los intereses, p.ej. impago de los recibos de contribución que generan una carga preferente a la hipoteca)?.

### **C) La dispensa de control de abusividad de las cláusulas que reflejen disposiciones legales o imperativas ¿se aplica también en el caso de las normas autorizatorias?**

65. Conforme al artículo 1, apartado 2, de la Directiva 93/13, “*Las cláusulas contractuales que reflejen disposiciones legales o reglamentarias imperativas, así como las disposiciones o los principios de los convenios internacionales, en especial en el ámbito de los transportes, donde los Estados miembros o la Comunidad son parte, no estarán sometidos a las disposiciones de la presente Directiva*”.

66. La jurisprudencia aquí analizada del Tribunal Supremo presupone, no obstante, que las cláusulas de vencimiento anticipado de préstamos hipotecarios con consumidores pueden ser objeto de control de abusividad, por lo que parece entender no aplicable el citado precepto de la Directiva como elemento de delimitación negativa del ámbito material del contrato sobre el que se puede proyectar el citado control de abusividad. Ciertamente que el artículo 693.2 de la Ley de Enjuiciamiento Civil no es una norma imperativa. Tampoco merece el citado artículo 693.2 el calificativo de norma dispositiva, pues no se aplica en caso de falta de pacto, sino única y exclusivamente cuando hay un convenio entre las partes en tal sentido, por lo que tampoco puede acogerse a la citada exención del artículo 1.2 de la Directiva, que el preámbulo de la misma extiende también, más allá de las normas imperativas, a las “*normas que, con arreglo a derecho, se aplican entre las partes contratantes cuando no exista ningún otro acuerdo*”, es decir a las normas dispositivas.

67. Ahora bien, siendo correctas las premisas del razonamiento anterior (que implícitamente cabe advertir en las reiteradas resoluciones del Tribunal Supremo), su conclusión no es, a mi juicio, acertada pues dichas premisas no son todas las que deben considerarse. En concreto, la dicotomía entre normas imperativas (en su doble versión de prohibitivas y prescriptivas) y normas dispositivas no agota todas las categorías en que pueden clasificarse las normas por razón de su eficacia. Junto a ellas hay que incluir las normas autorizatorias. Esta taxonomía normativa está recogida en el Diccionario Jurídico de la Real Academia de Jurisprudencia y Legislación española<sup>51</sup>, que en relación con la voz “*norma jurídica*” afirma que es “*un enunciado lingüístico de carácter preceptivo que obliga al destinatario de la misma a comportarse de una determinada forma. Las prescripciones o mandatos pueden ser de muy distinta naturaleza (una prohibición, una obligación o un permiso)*”.

68. Ya en el Derecho Romano Modestino<sup>52</sup> clasificaba las normas jurídicas en imperativas, prohibitivas, permisivas (o autorizatorias) y punitivas. Más tarde Francisco Suarez<sup>54</sup> recondujo las permisivas dentro de las imperativas pues “*son sólo leyes en cuanto contienen dentro de ellas, ocultos, preceptos sin los que no podría entenderse el permiso*”, por lo que siempre suponen un imperativo (previo y posterior). Pone Suarez el ejemplo del privilegio del soldado de favorecerle la ignorancia de la ley, en el que más que permiso de desconocer la ley, existe la obligación del juez de tener en cuenta esta excepción. Un razonamiento semejante hace el profesor De Castro<sup>55</sup> en cuanto a la distinción entre normas imperativas y dispositivas o supletorias, que dejan juego a la autonomía de la voluntad. Estas últimas, en cuanto otorgan una facultad, un poder o un derecho subjetivo son también imperativas en cuanto que a todos impone el deber de respeto de esa voluntad, poder o facultad.

69. Para apreciar los elementos diferenciales de esta categoría de normas autorizatorias<sup>56</sup> respecto de las imperativas y las dispositivas, baste observar que en el caso de las normas imperativas no se admite el “*pactum contra legem*”, y se aplican en todo caso; en el caso de las dispositivas sí se admiten dichos

<sup>51</sup> Thomson Reuters, 2016.

<sup>52</sup> “*Legis virtus haec est: imperare, vetere, permittere, punire*”, D.1, 3, 7.

<sup>53</sup> Uno de los cinco jurisconsultos incluidos en la Ley de Citas de Teodosio II, junto con Papiniano, Gayo, Ulpiano y Paulo, “*Jurado de difuntos*” cuya opinión tenía reconocida una especial autoridad.

<sup>54</sup> “*Tractatus de legibus*”, I. 14.

<sup>55</sup> Vid. De Castro y Bravo, F. en “*Derecho civil de España*”, parte primera, Ed. Civitas, 1984, pag. 55.

<sup>56</sup> Como subcategoría dentro de las normas imperativas en el sentido expresado por Suarez y De Castro.

pactos (en tanto no atenten contra otras normas imperativas, la moral ni el orden público<sup>57</sup>), y sólo en caso de que no exista pacto se aplican supletoriamente. En el caso de las normas autorizatorias tampoco se admite el “*pactum contra legem*”, pero sí el “*pactum secundum legem*”, pues es la ley la que define directamente tanto la tipología del supuesto de hecho como la consecuencia jurídica, delegando en la autonomía de la voluntad de las partes la decisión sobre si se aplica o no a un contrato o negocio jurídico concreto dicho pacto (con sujeción a la definición del supuesto de hecho y a la consecuencia jurídica determinada por la norma). Y esto es exactamente lo que sucede en el caso de los pactos de vencimiento anticipado por “*falta de pago de alguno de los plazos*”<sup>58</sup> de los préstamos hipotecarios, pues el artículo 693.2 de la Ley de Enjuiciamiento Civil es norma autorizatoria (como otras muchas: v.gr. artículo 1153 del Código civil sobre la facultad atribuida en el contrato al acreedor de exigir el cumplimiento de la obligación y la satisfacción de la pena; el artículo 1169 del mismo Código sobre la posibilidad de compeler al acreedor a recibir parcialmente la prestación; el 105 de la Ley Hipotecaria sobre el pacto de limitación de responsabilidad, etc).

**70.** Observemos que el mismo preámbulo de la Directiva cuando explica el sentido del artículo 1.2 dice que “*se supone que las disposiciones legales o reglamentarias de los Estados miembros por las que se fijan, directa o indirectamente, las cláusulas de los contratos celebrados con consumidores no contienen cláusulas abusivas*” (suposición muy lógica, pues en caso contrario sería el Estado autor de la norma y no el oferente o empresario el responsable del abuso<sup>59</sup>; la Directiva combate el abuso contractual, no un supuesto abuso normativo por parte de los Estados miembros), razonamiento del que colige el propio preámbulo citado que “*por consiguiente, no resulta necesario someter a las disposiciones de la presente Directiva las cláusulas que reflejan las disposiciones legales o reglamentarias*” (equiparando después a las disposiciones imperativas las dispositivas, como ya se ha señalado). Es más, como señala la reciente sentencia del TJUE de 20 de septiembre de 2018 (asunto OTP Bank Nyrt)<sup>60</sup>, “*esta exclusión de la aplicación del régimen de la Directiva 93/13 se justifica por el hecho de que, en principio, es legítimo presumir que el legislador nacional ha establecido un equilibrio entre el conjunto de derechos y obligaciones de las partes en determinados contratos*”. Es decir, se excluye la aplicación del control de abusividad porque se presume que el legislador nacional no sólo no dicta disposiciones que reflejen o determinen cláusulas abusivas, sino que se presume exactamente lo contrario, esto es, que establece un equilibrio entre el conjunto de derechos y obligaciones de las partes.

**71.** Pero es evidente que la razón que funda esta conclusión es igualmente aplicable a las normas autorizatorias (disposición legal que fija directamente el contenido de la correspondiente cláusula), pues la misma suposición de que las normas legales y reglamentarias de los Estados miembros no contienen cláusulas abusivas (ni las contienen ni las permiten) debe aplicarse al caso de las normas autorizatorias que prevén una determinada regulación contractual sometida al requisito de que las partes lo pacten. Serían algo así como una “*norma de adhesión*”: sólo se aplica cuando las partes lo pacten, pero sólo será válido el pacto cuando se ajuste al concreto contenido de la norma autorizatoria.

Si el pacto se adapta a la norma autorizatoria y las leyes nacionales “*se supone*”<sup>61</sup> que no contienen cláusulas abusivas (suposición apodíctica y difícilmente cuestionable, pues lo contrario implicaría

<sup>57</sup> Cfr. art. 1255 del Código civil.

<sup>58</sup> Vid. art. 693.2 LEC en su redacción original de la Ley 1/2000, de 7 de enero, vigente hasta su reforma por la Ley 1/2013, de 14 de mayo.

<sup>59</sup> Esta idea resulta también reflejada claramente en varios de los considerandos de la Directiva: “*Considerando que los dos programas comunitarios de política de protección e información de los consumidores (4) hicieron hincapié en la importancia de proteger a los consumidores contra las cláusulas contractuales abusivas; que esta protección deberían proporcionarla las disposiciones legales y reglamentarias armonizadas a nivel comunitario o adoptadas directamente a ese nivel; Considerando que con arreglo al principio establecido en ambos programas en el título «Protección de los intereses económicos de los consumidores», los adquirentes de bienes y servicios deben estar protegidos contra el abuso de poder del vendedor o del prestador de servicios, en especial contra los contratos de adhesión y la exclusión abusiva de derechos esenciales en los contratos*”.

<sup>60</sup> Vid. apartado 53.

<sup>61</sup> Esta misma idea resulta de forma inequívoca de las versiones inglesa y francesa del preámbulo de la Directiva 93/13. Así en la versión inglesa leemos: “*Whereas the statutory or regulatory provisions of the Member States which directly or indirectly determine the terms of consumer contracts are presumed not to contain unfair terms; whereas, therefore, it does not appear to*



atribuir al legislador incuria o iniquidad en la elaboración de la norma), la conclusión lógica sería la aplicabilidad analógica (por identidad de razón<sup>62</sup>) de la exención del artículo 1.2 de la Directiva también a tales pactos. Y quizás en ese sentido debería haberse interpretado la Sentencia Aziz cuando incluye entre los elementos que han de ponderarse en el juicio de abusividad de la cláusula de vencimiento anticipado el relativo a “*si dicha facultad constituye una excepción con respecto a las normas aplicables en la materia*”, pues en este caso no sólo no constituye una excepción, sino que se trata de una estipulación tipificada y expresamente prevista y autorizada por una norma legal, el artículo 693.2 de la Ley de Enjuiciamiento Civil.

72. Otra cosa distinta es la valoración social o de política legislativa que en cada momento pueda hacerse del acierto o desacierto de la norma y de la posibilidad de su modificación legal, con aplicación en tal caso de los criterios propios de la eficacia temporal de las normas sustantivas, que en vía de principios excluyen el efecto retroactivo de la generación de situaciones de cláusulas “*sobrevenidamente abusivas*” por cambio ulterior de la norma (vigente a la fecha de la firma del contrato) a cuyo amparo se introdujo la cláusula, lo que puede atentar contra el principio de seguridad jurídica (cfr. arts. 9.3 de la Constitución española y 2.3 del Código civil).

73. De hecho si se lee con atención el párrafo 69 de la Sentencia del TJUE de 26 de enero de 2017, en el caso del Banco Primus, se puede apreciar esta misma tesis, si bien el Tribunal de Justicia comete el error de referirse, como término de comparación para ponderar la abusividad, no a la redacción del artículo 693 de la Ley de Enjuiciamiento Civil vigente al tiempo de la contratación, sino a la vigente al tiempo de la ejecución, redacción que lógicamente los contratantes no pudieron tener en cuenta al celebrar el contrato, dando lugar a lo que podríamos denominar un supuesto muy discutible de “*abusividad sobrevenida*”. Esta lógica exigencia de ponderar la abusividad de las cláusulas contractuales en función de las disposiciones legales y reglamentarias vigentes al tiempo de la celebración del contrato, y no en relación con las que puedan aprobarse y entrar en vigor en un momento posterior resulta también de la propia Sentencia del TJUE de 14 de marzo de 2013 (As. Aziz) al declarar que conforme al artículo 4.1 del a Directiva 93/13, “*el carácter abusivo de la cláusulas contractual se apreciará teniendo en cuenta la naturaleza de los bienes y servicios que sean objeto del contrato y considerando, en el momento de la celebración del mismo, todas las circunstancias que concurren en su celebración*”<sup>63</sup>.

74. De forma no incidental, sino como cuestión principal se aborda esta misma cuestión en la Sentencia del TJUE de 20 de septiembre de 2017 (As. Andiriciuc y otros)<sup>64</sup> ratificando la jurisprudencia citada en los siguientes términos: “*A este respecto, el Tribunal de Justicia ya ha declarado que, para apreciar si una cláusula contractual debe considerarse abusiva, el juez nacional deberá tener en cuenta, como indica el artículo 4 de la Directiva 93/13, la naturaleza de los bienes o servicios que sean objeto del contrato, considerando «en el momento de la celebración del mismo» todas las circunstancias que concurren en su celebración (véase, en este sentido, la sentencia de 9 de julio de 2015, Bucura, C348/14, apartado 48 y jurisprudencia citada)*”. Infiriendo como conclusión con valor de “*ratio decidendi*” que “*De ello se deduce, como el Abogado General ha señalado en los puntos 78, 80 y 82 de sus*

---

*be necessary to subject the terms which reflect mandatory statutory or regulatory provisions and the principles or provisions of international conventions to which the Member States or the Community are party; whereas in that respect the wording ‘mandatory statutory or regulatory provisions’ in Article 1 (2) also covers rules which, according to the law, shall apply between the contracting parties provided that no other arrangements have been established*”. Igualmente en la versión francesa la idea se expresa con la misma claridad: “*Considérant que les dispositions législatives ou réglementaires des États membres qui fixent, directement ou indirectement, les clauses de contrats avec les consommateurs sont censées ne pas contenir de clauses abusives; que, par conséquent, il ne s’avère pas nécessaire de soumettre aux dispositions de la présente directive les clauses qui reflètent des dispositions législatives ou réglementaires impératives ainsi que des principes ou des dispositions de conventions internationales dont les États membres ou la Communauté sont partis; que, à cet égard, l’expression “dispositions législatives ou réglementaires impératives” figurant à l’article 1<sup>er</sup> paragraphe 2 couvre également les règles qui, selon la loi, s’appliquent entre les parties contractantes lorsqu’aucun autre arrangement n’a été convenu*”.

<sup>62</sup> Vid. art. 4.1 del Código civil.

<sup>63</sup> Apartado 71. Vid en el mismo sentido las sentencias antes Pannon GSM, apartado 39, y VB Pénzügyi Lízing, apartado 42.

<sup>64</sup> Apartados 53 y 54.

conclusiones, que la apreciación del carácter abusivo de una cláusula contractual debe realizarse en relación con el momento de la celebración del contrato en cuestión, teniendo en cuenta el conjunto de las circunstancias que el profesional podía conocer en ese momento y que podían influir en la ulterior ejecución de dicho contrato, ya que una cláusula contractual puede entrañar un desequilibrio entre las partes que sólo se manifieste mientras se ejecuta el contrato”. En cuanto a esas circunstancias que puedan influir en el ejecución futura del contrato, cuya previsión razonable cabe exigir en el momento de la celebración del contrato al predisponente, parece difícil incluir las modificaciones futuras de la ley que define el marco jurídico en que se ha de desenvolver la ejecución de un contrato de larga duración como suelen ser los préstamos hipotecarios<sup>65</sup>.

75. Por consiguiente, para apreciar el carácter abusivo de la cláusula, el juez no debe situarse en el momento de la ejecución del contrato, sino en el momento de su celebración o firma.

76. Resulta interesante observar cómo la sentencia aquí comentada del Tribunal de Justicia de 26 de marzo de 2019 parece haber advertido dicho error, y pone especial cuidado en señalar, por un lado, como elemento normativo de referencia al objeto de realizar el enjuiciamiento de abusividad la redacción vigente del artículo 693.2 de la Ley de Enjuiciamiento Civil a la fecha de la celebración de los contratos objeto de los litigios principales (suscritos en 2005 y 2008 respectivamente). Y, por otro lado, la misma sentencia pone un especial énfasis en destacar que las cláusulas de vencimiento anticipado enjuiciadas en los litigios principales están “*inspiradas en el artículo 693, apartado 2, de la LEC, en su versión vigente en la fecha en que se firmaron los contratos de préstamo hipotecario*” objeto de los litigios principales en los que se incluyeron (expresión - “*inspiradas en el artículo ...*” - que repite en al menos cuatro ocasiones distintas). La frase concreta en que se incluye dicha expresión es la siguiente: “*En el presente asunto, resulta de las apreciaciones de los órganos jurisdiccionales remitentes que las cláusulas controvertidas en los litigios principales, pese a estar inspiradas en el artículo 693, apartado 2, de la LEC, en su versión vigente en la fecha en que se firmaron los contratos de préstamo hipotecario objeto de los litigios principales en los que se incluyeron, deben considerarse abusivas en la medida en que establecen que la entidad financiera puede declarar el vencimiento anticipado del contrato y exigir la devolución del préstamo en caso de que el deudor deje de pagar una mensualidad*”.<sup>66 67</sup>

77. Obsérvese la expresión adversativa “*a pesar de*” que utiliza el Tribunal de Justicia, lo que denota que aprecia en dicha circunstancia de tratarse de un estipulación “*inspirada*”<sup>68</sup> en una norma legal del ordenamiento nacional un obstáculo para la valoración de tal estipulación como abusiva, apreciación que, no obstante, el Tribunal no censura directamente pues parte del reconocimiento de que la competencia para tal enjuiciamiento de abusividad es competencia de los tribunales nacionales. Aquí

<sup>65</sup> Vid. en el mismo sentido más recientemente la sentencia del TJUE (Sala segunda) de 20 de septiembre de 2018 (asunto C-51/17 - OTP Bank Nyrt contra Emil Kiss y otro): “*Solo puede examinarse y declararse el carácter abusivo de esta cláusula si, en el momento de la celebración del contrato, y teniendo en cuenta el texto del contrato y la información recibida de la entidad financiera, su contenido no era claro ni comprensible para un consumidor medio, normalmente informado y razonablemente atento y cuidadoso. Las cláusulas contractuales relativas al riesgo del tipo de cambio tendrán carácter abusivo y, por consiguiente, el contrato será total o parcialmente inválido cuando el consumidor, debido al carácter inadecuado de la información recibida de la entidad financiera o al retraso en recibir dicha información, pueda fundadamente pensar que el riesgo del tipo de cambio no es real o que recae sobre él de forma limitada*»” (apartado 27)

<sup>66</sup> Vid. apartado 51.

<sup>67</sup> Vid. versión inglesa del apartado 51: “*In the present case, it is apparent from the findings of the referring courts that the terms at issue in the main proceedings, although they were based on Article 693(2) of the LEC, in the version in force on the date when the mortgage loan contracts at issue in the main proceedings containing those terms were signed, must be regarded as unfair, inasmuch as they provide that the financial establishment may declare the early termination of the contract and require repayment of the loan where the debtor has missed a single monthly repayment*”.

<sup>68</sup> El término “*inspirado*” que aparece en la versión española de la sentencia quizás no es la más técnica posible, vistas las distintas acepciones de este vocablo en el diccionario de la RAE (“*2. Infundir o hacer nacer en el ánimo o la mente afectos, ideas, designios, etc.*”).

3. tr. Sugerir ideas o temas para la composición de una obra literaria o artística.

4. tr. Dar instrucciones a quienes dirigen o redactan publicaciones periódica”). Lo mismo sucede en el caso de la versión francesa. Más técnica y preciso parece el vocablo empleado en la versión inglesa: “*based*”.

el Tribunal de Justicia parecería trasladar un mensaje a los jueces nacionales sobre dicha particular circunstancia relativa a la cobertura, inspiración o amparo legal de la cláusula controvertida. Cuestión que ha de conectarse con la ya señalada sobre la posible inclusión en el ámbito del artículo 1.2 de la Directiva de las cláusulas contractuales amparadas expresamente en normas autorizatorias.

#### **D) La doctrina del “control abstracto” de abusividad del TJUE y el nuevo artículo 28.1 de Directiva 2014/17/UE**

78. Otra duda que plantea esta materia se refiere al alcance de la doctrina del TJUE sobre la interpretación de la abusividad de una cláusula en función de su redacción (control abstracto) y no en función de su efectiva aplicación práctica al caso concreto (vid. auto de 11 de junio de 2015 - BBVA - y sentencia de 26 de enero de 2017 - Banco Primus -), pues en todos los casos que han llegado al Tribunal de Luxemburgo la ejecución y la previa declaración de vencimiento anticipado tuvieron lugar no tras el impago de una sola cuota, sino después de constatar un incumplimiento de más de seis meses.

79. Es posible que esta doctrina deba revisarse a la vista de la nueva Directiva 2014/17/UE, del Parlamento Europeo y del Consejo, de 4 de febrero de 2014, sobre los contratos de crédito celebrados con los consumidores para bienes inmuebles de uso residencial, en la que en relación con la ejecución hipotecaria se establece que “*los Estados miembros adoptarán medidas para alentar a los prestamistas a mostrarse razonablemente tolerantes antes de iniciar un procedimiento de ejecución*” (cfr. artículo 28.1), lo que pone de manifiesto la transcendencia que en relación con la protección de los consumidores tiene no sólo la redacción de los contratos, sino también la forma en que se aplican en la práctica. Es evidente que no hay “*tolerancia*” donde no hay derecho a promover la ejecución. La tolerancia comienza cuando, habiendo nacido dicho derecho, no se ejerce en la práctica durante un cierto tiempo, fomentando, en su caso, medidas alternativas a la ejecución, incluyendo medidas de refinanciación o reestructuración de la deuda (como de hecho ha sucedido en España en numerosos casos, según resulta de las estadísticas sobre el número de novaciones modificativas firmadas durante los años de la crisis)<sup>69</sup>.

#### **5. Las consecuencias jurídicas derivadas de la declaración de abusividad de cláusulas incluidas en contratos con consumidores**

80. Con independencia de las dudas que puedan existir en la materia, lo cierto es que el Tribunal Supremo, con mayor o menor acierto, ha mantenido en sus reiteradas sentencias de 23 de diciembre de 2015 y 18 de febrero de 2016 que las cláusulas de vencimiento anticipado en préstamos hipotecarios por impago de alguna cuota periódica (mensual) de amortización e intereses es nula por abusiva, en aplicación de los criterios del Tribunal de Justicia de la UE.

81. A partir de esa declaración el debate planteado tanto dentro de la propia Sala entre el criterio mayoritario de sus miembros y el autor de los respectivos votos particulares<sup>70</sup>, como entre la Sala primera del Tribunal Supremo y otros juzgados de instancia que han remitido a su vez cuestiones prejudiciales sobre esta materia (entre estos el Juzgado de Primera Instancia nº 1 de Barcelona), se ha centrado en precisar las consecuencias materiales y procesales derivadas de dicha nulidad a la vista de los artículos 6 y 7<sup>71</sup> de la Directiva 93/13 y la jurisprudencia del Tribunal de Justicia dictada en interpretación de los mismos. Conforme al apartado 1 del primero de dichos preceptos “*Los Estados miembros establecerán que no vincularán al consumidor, en las condiciones estipuladas por sus derechos nacionales, las cláusulas abusivas que figuren en un contrato celebrado entre este y un profesional y dispondrán que el*

<sup>69</sup> Según datos de la Asociación Hipotecaria Española en 2010 se formalizaron 371.691 novaciones, 279.556 en 2011, 267.733 en 2012, 217.349 en 2013, 172.959 en 2014, y 143.237 en 2015.

<sup>70</sup> El magistrado Francisco Javier Orduña Moreno.

<sup>71</sup> Según el artículo 7, apartado 1, de la Directiva 93/13: “Los Estados miembros velarán por que, en interés de los consumidores y de los competidores profesionales, existan medios adecuados y eficaces para que cese el uso de cláusulas abusivas en los contratos celebrados entre profesionales y consumidores.”

*contrato siga siendo obligatorio para las partes en los mismos términos, si este puede subsistir sin las cláusulas abusivas”.*

**82.** Con arreglo a reiterada jurisprudencia del Tribunal de Justicia<sup>72</sup> dicha norma comporta las siguientes consecuencias:

- a) la no aplicación de la cláusula abusiva al consumidor (con mantenimiento del contrato en lo demás si ello fuera posible sin la misma –artículo 6.1 Directiva 93/13-);
- b) la imposibilidad de moderación o integración judicial (sobre este punto la citada jurisprudencia obligó a cambiar el artículo 83 de la Ley General para la Defensa de los Consumidores y Usuarios española<sup>73</sup>); y
- c) la inaplicación de la normativa nacional dispositiva en defecto de pacto (vid. sentencias del TJUE de 15 de junio de 2012, 21 de enero de 2015 y auto del TJUE de 11 de junio de 2015, entre otras), porque los efectos de la abusividad se imponen coactivamente al profesional como una sanción, con objeto de generar en el mismo un efecto disuasorio de la incorporación al contrato de condiciones generales abusivas; y
- d) según la sentencia del TJUE de 21 enero 2015 (asunto Unicaja Banco), la imposibilidad de sustituir la cláusula abusiva por una norma legal imperativa posterior que evite el desequilibrio entre los derechos y obligaciones de las partes, pero que suprima también el “*efecto sancionador*” que para el empresario (banco) supone la supresión total de la cláusula abusiva (la norma legal imperativa sería por ello contraria al principio de efectividad de la Directiva). En congruencia con ello la referida sentencia del caso Unicaja declaró que la disposición transitoria 2ª de la Ley 1/2013 no podía impedir la declaración judicial de nulidad de la cláusula de intereses de demora, lo que arrastra las consecuencias indicadas.

**83.** Esta interpretación parece contradicha, al menos parcialmente, por la que resulta de la reciente sentencia de 20 de septiembre de 2018 (asunto OTP Bank Nyrt vs Emil Kiss y otro), que interpreta el artículo 1.2 de la Directiva 93/13 en el sentido de que el ámbito de aplicación de la Directiva no comprende (y por tanto no pueden ser objeto de control de abusividad) cláusulas que reflejan disposiciones de Derecho nacional imperativas, insertas con posterioridad a la celebración de un contrato de préstamos con un consumidor y que tiene por objeto suplir una cláusula de tal contrato viciada de nulidad imponiendo un tipo de cambio fijado por el Banco Nacional para el cálculo del saldo vivo del préstamo (en un préstamo denominado en divisas extranjeras)<sup>74</sup>.

**84.** En el contexto de esta jurisprudencia, se plantean las cuestiones prejudiciales resueltas en la sentencia del Tribunal de Justicia de 26 de marzo de 2019 (asuntos acumulados C-70/17 y C-179/17), que el propio Tribunal agrupa en dos y sintetiza del modo siguiente: “*Mediante sus cuestiones prejudiciales en el asunto C70/17 y en el asunto C179/17, que procede analizar conjuntamente, los órganos jurisdiccionales remitentes solicitan que se dilucide, fundamentalmente, si los artículos 6 y 7 de la Directiva 93/13 deben interpretarse en el sentido de que, por una parte, cuando una cláusula de venci-*

<sup>72</sup> Reseñada en la propia sentencia de 26 de marzo de 2019 (asuntos Abanca y Bankia).

<sup>73</sup> La redacción original del apartado segundo de este artículo establecía una facultad de moderación judicial en los siguientes términos: “2. La parte del contrato afectada por la nulidad se integrará con arreglo a lo dispuesto por el artículo 1.258 del Código Civil y al principio de buena fe objetiva./A estos efectos, el Juez que declare la nulidad de dichas cláusulas integrará el contrato y dispondrá de facultades moderadoras respecto de los derechos y obligaciones de las partes, cuando subsista el contrato, y de las consecuencias de su ineficacia en caso de perjuicio apreciable para el consumidor y usuario”. Tras la reforma introducida por la Ley 3/2014, de 27 de marzo, dicha facultad de moderación judicial se suprimió, quedando redactada dicha norma en los siguientes términos: “Las cláusulas abusivas serán nulas de pleno derecho y se tendrán por no puestas. A estos efectos, el Juez, previa audiencia de las partes, declarará la nulidad de las cláusulas abusivas incluidas en el contrato, el cual, no obstante, seguirá siendo obligatorio para las partes en los mismos términos, siempre que pueda subsistir sin dichas cláusulas”.

<sup>74</sup> Sin embargo, no aplica el mismo criterio (y por tanto puede ser objeto de control de abusividad) a una cláusula relativa al riesgo del tipo de cambio, que lo imputa al consumidor en caso de depreciación de la moneda nacional en relación con la divisa extranjera en la que se ha contratado el préstamo. Vid también la sentencia del TJUE de 14 de marzo de 2019 (asuntos Zsuzsanna Dunnai y ERSTE Bank).

*miento anticipado de un contrato de préstamo hipotecario sea declarada abusiva, esta puede, no obstante, conservarse parcialmente mediante la supresión de los elementos que la hacen abusiva y de que, por otra parte, de no ser así, el procedimiento de ejecución hipotecaria iniciado en aplicación de esta cláusula puede en cualquier caso seguir tramitándose aplicando supletoriamente una norma de Derecho nacional, en la medida en que la imposibilidad de recurrir a este procedimiento puede ser contraria a los intereses de los consumidores”*<sup>75</sup>.

## 6. La cuestión prejudicial relativa a la “blue pencil rule”

85. La primera de las cuestiones planteadas, por tanto, interroga al Tribunal sobre si los artículos 6 y 7 de la Directiva 93/13 deben interpretarse en el sentido de que cuando una cláusula de vencimiento anticipado de un contrato de préstamo hipotecario sea declarada abusiva, ésta puede, no obstante, conservarse parcialmente mediante la supresión de los elementos que la hacen abusiva. Esta era la primera de las dos cuestiones formuladas por el Tribunal Supremo en su auto de 8 de febrero de 2017, concretándola en el sentido de si previendo la cláusula el vencimiento por impago de una sola cuota, además de otros supuestos de impago por más cuotas, puede el juez nacional apreciar la abusividad solo del inciso o supuesto del impago de una cuota y mantener la validez del pacto por impago de un número plural (“*varias*”) de cuotas previsto también con carácter general en la cláusula.

86. Invoca a tal efecto el auto del Tribunal Supremo (fundamento jurídico sexto) la doctrina acuñada por el Tribunal Supremo Federal alemán<sup>76</sup> de la “*Teilbarkeit der klausel*” o “*blue pencil test*”, afirmando que “*la llamada blue pencil rule no tiene por qué oponerse al Derecho de la Unión, ya que no constituye un caso de integración del pacto nulo por ser abusivo, ni de reducción conservadora de su validez. La delimitación y expulsión del elemento abusivo, con mantenimiento del contenido válido de la cláusula, no supone una integración o sustitución judicial del contenido contractual, sino simplemente la concreción de qué elementos de un pacto son abusivos, y por tanto no pueden vincular al adherente consumidor, y qué otros pueden mantenerse por no ser abusivos y, en consecuencia, ser válidos, vinculantes y útiles para las partes, en el sentido del art. 6.1 de la Directiva (mayor beneficio para el consumidor particular y para los consumidores en general)*”. Aclara el Tribunal Supremo que a su criterio “*No se trata, por tanto, de un supuesto de integración de la cláusula, sino de ineficacia parcial, útil en caso de cláusulas nulas por abusivas, en las que, eliminando la parte que se considera abusiva, el contrato subsiste con el resto de la cláusula*”. Es decir, tras la segregación o escisión de la parte “*viciada*” de la cláusula, el juicio de abusividad o transparencia material se aplicaría, conforme a este criterio, a la cláusula de la manera en que resulte redactada una vez “*tachadas*” o suprimidas las partes ineficaces.

87. Esta primera cuestión es resuelta de forma bastante expeditiva y sumaria por el Tribunal de Justicia, que tras recordar su asentada jurisprudencia<sup>77</sup> conforme a la cual, una vez declarada la nulidad de una cláusula abusiva, el artículo 6.1 de la Directiva se opone a una norma de Derecho nacional que permita al juez nacional “*integrar dicho contrato modificando el contenido de esa cláusula*”, pues si el juez nacional tuviera dicha facultad “*podría poner en peligro la consecución del objetivo a largo plazo previsto en el artículo 7 de la Directiva*”, pues contribuiría a “*eliminar el efecto disuasorio que ejerce sobre los profesionales el hecho de que, pura y simplemente, tales cláusulas abusivas no se apliquen*”<sup>78</sup>, hace aplicación plana y escueta<sup>79</sup> de la misma concluyendo que “*En el presente asunto, la mera supresión del motivo de vencimiento que convierte en abusivas las cláusulas controvertidas en los litigios principales equivaldría, en definitiva, a modificar el contenido de dichas cláusulas afectando a su esencia. Por lo*

<sup>75</sup> Vid. apartado 48.

<sup>76</sup> Vid. entre otras, en la Sentencia de 10 de octubre de 2013 (BGH III ZR 325/12 - NJW 2014, 141), del Tribunal Supremo Federal alemán (BGH).

<sup>77</sup> Apartados 53 y 54.

<sup>78</sup> Vid. sentencias de 14 de junio de 2012, Banco Español de Crédito, y de 30 de abril de 2014, Kásler y Káslerné Rábai).

<sup>79</sup> A diferencia del planteamiento analítico y detallado que hacía el Abogado general M. Szpunar en sus conclusiones de 13 de septiembre sobre esta cuestión.

*tanto, no cabe admitir el mantenimiento parcial de dichas cláusulas pues, de otro modo, se menoscabaría directamente el efecto disuasorio mencionado en el anterior apartado de esta sentencia*”<sup>80</sup>.

**88.** Por tanto, el Tribunal de Justicia desestima el planteamiento que hacía sobre este extremo el Tribunal Supremo en su auto de 8 de febrero de 2017. No puede dejar de señalarse, en relación con la cuestión antes analizada sobre la exclusión del ámbito de la Directiva de las cláusulas que reflejen normas autorizatorias, lo chocante que resulta que el motivo último de esta interpretación del Tribunal de Luxemburgo se encuentre en la finalidad de disuadir de la incorporación al contrato de una cláusula expresamente prevista y autorizada por una ley nacional (art. 693.2 LEC), norma que en ningún momento se cuestiona en cuanto a su compatibilidad con el Derecho comunitario (paradójicamente sí la cláusula pactada a su amparo)<sup>81</sup>. Añádase a ello el razonamiento que apunta Guilarte Zapatero relativo a que “ningún sentido tiene persistir en el potencial efecto disuasorio derivado de la proscrita integración de la cláusula abusiva. Los prestamistas ya no van a poder tener “tentación” alguna de separarse de la regla imperativa: es la norma vulnerada y no el principio de efectividad la que expulsaría la cláusula del convenio” (refiriéndose a la nueva regulación de los vencimientos anticipados en el art. 24 de la Ley 5/2019, de 19 de marzo, y en la nueva redacción del art. 693.2 LEC, que pasa a tener el carácter de regulación imperativa)<sup>82</sup>.

## **7. La cuestión prejudicial relativa a la continuidad o no del procedimiento de ejecución hipotecaria fundado en la cláusula de vencimiento anticipado considerada abusiva**

**89.** Sintetiza el Tribunal de Justicia esta cuestión del siguiente modo: ¿puede en cualquier caso el procedimiento de ejecución hipotecaria iniciado en aplicación de esta cláusula seguir tramitándose aplicando supletoriamente una norma de Derecho nacional, en la medida en que la imposibilidad de recurrir a este procedimiento puede ser contraria a los intereses de los consumidores?.

Cuestión que el Tribunal resuelve afirmando que los artículos 6 y 7 de la Directiva 93/13 “no se oponen a que el juez nacional ponga remedio a la nulidad de tal cláusula abusiva sustituyéndola por la nueva redacción de la disposición legal que inspiró dicha cláusula, aplicable en caso de convenio entre las partes del contrato, siempre que el contrato de préstamo hipotecario en cuestión no pueda subsistir en caso de supresión de la citada cláusula abusiva y la anulación del contrato en su conjunto exponga al consumidor a consecuencias especialmente perjudiciales”, si bien remite a los propios órganos judiciales nacionales la determinación, dentro del marco del Derecho nacional, de la concurrencia o no de la doble condición señalada, esto es: 1º que el contrato de préstamo hipotecario no pueda subsistir en caso de supresión de la citada cláusula abusiva; y 2º si la anulación del contrato en su conjunto expone al consumidor a consecuencias especialmente perjudiciales. El Tribunal de Justicia evita de esta forma entrar en el debate sobre ambos aspectos subyacentes en las peticiones de decisión prejudicial elevadas por el Tribunal Supremo y por el Juzgado de Primera Instancia nº 1 de Barcelona, cuestiones que el Tribunal de Luxemburgo considera que tienen carácter doméstico o nacional.

### **A) La jurisprudencia del TJUE sobre la subsistencia del contrato aquejado de una cláusula abusiva**

**90.** Como se ha recordado anteriormente, el artículo 6.1 de la Directiva 93/13, dispone que “Los Estados miembros establecerán que no vincularán al consumidor; en las condiciones estipuladas por sus derechos nacionales, las cláusulas abusivas que figuren en un contrato celebrado entre este y un

<sup>80</sup> A la misma conclusión llegaba en sus conclusiones de 13 de septiembre de 2018 el Abogado general Sr. M. Szpunar tras un amplio desarrollo argumental, en el que analiza en detalle la jurisprudencia del Tribunal Supremo Federal de Alemania sobre los requisitos de la aplicación de la “blue pencil rule” (si bien por momentos su lectura parece trasladar un entendimiento de las cosas conforme al cual el canon de conformidad con el Derecho comunitario estudiado es la propia jurisprudencia alemana, pues el análisis del Abogado general va dirigido a demostrar que en el caso de la cuestión prejudicial elevada por el Tribunal Supremo español no se cumplen los requisitos fijados por dicha jurisprudencia del Tribunal Federal alemán).

<sup>81</sup> Es decir, el resultado de ello es que, por una parte, se ampara y autoriza legalmente un determinado pacto, y por otro lado se adopta una interpretación jurisdiccional que tiene por objeto disuadir al predisponente de acogerse a dicha autorización.

<sup>82</sup> Vid. comentario en la entrada <https://almacenederecho.org/la-sentencia-de-la-gran-sala-del-tribunal-de-justicia-sobre-clausulas-de-vencimiento-anticipado-abusivas/>.

*profesional y dispondrán que el contrato siga siendo obligatorio para las partes en los mismos términos, si este puede subsistir sin las cláusulas abusivas”.*

**91.** Sobre esta precepto, el Tribunal de Justicia ya había afirmado<sup>83</sup> que no se opone a que “*el juez nacional, en aplicación de principios del Derecho de los contratos, suprima la cláusula abusiva sustituyéndola por una disposición supletoria de Derecho nacional en aquellos casos en que la declaración de nulidad de la cláusula abusiva obligue al juez a anular el contrato en su totalidad, quedando expuesto así el consumidor a consecuencias especialmente perjudiciales, que representen para este una penalización*” (cfr. sentencia de 30 de abril de 2014, Kásler y KáslernéRábai<sup>84</sup>). En esta jurisprudencia (condensada en esta precisa frase) estaba basada la tesis planteada por el Tribunal Supremo español sobre el no sobreseimiento del procedimiento de ejecución hipotecaria.

**92.** El Tribunal de Justicia justifica esta excepción a la regla general de la subsistencia o conservación del *contrato* en sus propios términos (a excepción de la cláusula nula que simplemente se tiene por no puesta y no se aplica), básicamente por dos motivos:

- 1º la finalidad del artículo 6.1 de la Directiva 93/13 que pretende reemplazar el “*equilibrio formal*” que el contrato establece entre los derechos y obligaciones de las partes por un “*equilibrio real*” que pueda restablecer la igualdad entre estas<sup>85</sup>; y
- 2º la protección efectiva del consumidor, pues “*si no se permitiera sustituir una cláusula abusiva por una disposición supletoria de Derecho nacional y se obligara al juez a anular el contrato en su totalidad, el consumidor podría quedar expuesto a consecuencias especialmente perjudiciales, de modo que el carácter disuasorio derivado de la anulación del contrato podría frustrarse*”.

**93.** En el caso concreto de un contrato de préstamo, observa el Tribunal que tal anulación tendría el efecto de hacer inmediatamente exigible el pago del importe del préstamo pendiente de devolución<sup>86</sup>, en una cuantía que podría exceder de la capacidad económica del consumidor, y por esa razón penalizaría a éste más que al prestamista.

**94.** Es decir, que el criterio finalista fundamental de la solución adoptada reside en que, en caso de que el contrato no pueda conservarse y haya de anularse en su totalidad por la supresión de la cláusula abusiva sin la cual no pueda subsistir, se eviten los perjuicios que de tal anulación pudieran derivarse para el consumidor por medio de la aplicación integrativa de una disposición legal<sup>87</sup> (en su redacción vigente al tiempo de la ejecución, aunque sea posterior a la fecha de celebración del contrato).

**95.** Sobre esta jurisprudencia “*Kásler*” la sentencia del TJUE de 26 de marzo de 2019 (“*Abanca-Bankia*”) añade una precisión relevante en cuanto a la interpretación del inciso del artículo 6.1 de la Directiva relativo a que “[el] *contrato siga siendo obligatorio para las partes en los mismos términos, si este puede subsistir sin las cláusulas abusivas*”, en particular sobre el criterio de apreciación de la posibilidad de subsistencia del contrato sin las cláusulas abusivas. En concreto, precisa la sentencia<sup>88</sup> que incumbe a los órganos jurisdiccionales nacionales comprobar “*con arreglo a las normas de Derecho interno y adoptando un enfoque objetivo (véase, en este sentido, la sentencia de 15 de marzo de 2012, Pereničová y Perenič, C453/10, apartado 32), si la supresión de esas cláusulas tendría como consecuencia que los contratos de préstamo hipotecario no puedan subsistir*”.

<sup>83</sup> Vid. apartados 56 a 59.

<sup>84</sup> C26/13, , apartados 80, 83 y 84.

<sup>85</sup> Y no anular todos los contratos que contengan cláusulas abusivas (véase, en este sentido, la sentencia de 30 de abril de 2014, Kásler y KáslernéRábai, C26/13, apartados 81 y 82 y jurisprudencia citada).

<sup>86</sup> Vid. art. 1303 Cc: “*Declarada la nulidad de una obligación, los contratantes deben restituirse recíprocamente las cosas que hubiesen sido materia del contrato, con sus frutos, y el precio con los intereses, salvo lo que se dispone en los artículos siguientes*”.

<sup>87</sup> Que el Tribunal de Justicia evita calificar de “*supletoria*”.

<sup>88</sup> Apartado 60.

**96.** ¿Qué significado hay que atribuir a esa referencia que hace la sentencia a “*un enfoque objetivo*”?

La respuesta parece que hay que buscarla en la sentencia del TJUE de 15 de marzo de 2012 (asunto Pereničová y Perenič) a que se refiere el párrafo transcrito, en concreto a su apartado 32. En este apartado fijó el TJUE el siguiente criterio para determinar si un contrato puede efectivamente subsistir sin las cláusulas abusivas: “*tanto el tenor del artículo 6, apartado 1, de la Directiva 93/13 como los requisitos relativos a la seguridad jurídica de las actividades económicas abogan por un enfoque objetivo a la hora de interpretar esta disposición, de manera que, como ha señalado la Abogado General en los puntos 66 a 68 de sus conclusiones, la posición de una de las partes en el contrato, en el presente caso el consumidor, no puede considerarse el criterio decisivo que decida sobre el ulterior destino del contrato*”.

**97.** Para comprender mejor el alcance de esta afirmación hay que recordar que la cuestión prejudicial a la que se daba respuesta en dicho apartado era la de si en caso de que se detecten cláusulas contractuales abusivas en el sentido del artículo 6, apartado 1, de la Directiva 93/13, ello permite considerar que el contrato “*en su conjunto*” no vincula al consumidor (y no sólo la cláusula viciada), si ello le resulta más favorable, lo cual, según se desprende de la citada sentencia, no resultaba conforme con el objetivo perseguido por el legislador de la Unión en el marco de la Directiva 93/13 consistente en restablecer el equilibrio entre las partes, manteniendo, en principio, la validez global del contrato, y no en anular todos los contratos que contengan cláusulas abusivas.

**98.** Por ello el Tribunal descarta el planteamiento del órgano judicial remitente sobre la anulación total del contrato, incluso si esto era lo más favorable para el consumidor, y en su lugar acoge la posición defendida por la Abogado general<sup>89</sup> en sus conclusiones<sup>90</sup>, que a su vez estaban basadas en las siguientes premisas:

- a) **regla general:** “*un contrato ha de subsistir a pesar de que exista una cláusula abusiva*” (la “*no vinculación*” se limita a dicha cláusula);
- b) **excepción** a la regla general (única admitida): requiere que “*el propio contrato objetivamente no pueda subsistir sin la cláusula abusiva*”;
- c) **delimitación negativa de la excepción** (se aplica por tanto la regla general): “*cuando según una apreciación a posteriori, resulta que una de las partes no habría celebrado el acuerdo sin ella [la cláusula anulada]*”;
- d) **fundamento** de la citada delimitación negativa de la excepción: “*una actividad comercial sólo podrá desarrollarse allí donde se garantice la seguridad jurídica a los agentes económicos. Ésta incluye la protección de la confianza de los agentes económicos en la continuidad de las relaciones contractuales. Una normativa según la cual la eficacia de un contrato en su conjunto dependa únicamente del interés de una parte contractual puede no sólo no fomentar dicha confianza, sino que podría incluso quebrantarla a largo plazo. De la misma manera que, de tal modo, podría reducirse la disposición de los profesionales a celebrar acuerdos con los consumidores, la finalidad del establecimiento del mercado interior podría eventualmente fracasar. El artículo 6 de la Directiva 93/13 también tiene en cuenta esta finalidad al limitarse a procurar el equilibrio en las relaciones contractuales*”.
- e) **supuesto controvertido subsumido en la excepción** (imposibilidad de subsistencia del contrato): no hay posibilidad material objetivamente apreciable de aplicación subsiguiente del contrato “*cuando, como consecuencia de la nulidad de una o de varias cláusulas, hubiera desaparecido el fundamento para la celebración del contrato desde la perspectiva de ambas partes contratantes*”<sup>91</sup> **Excepcionalmente** podría por ejemplo considerarse una nulidad to-

<sup>89</sup> Sra. Verina Trstenjak (vid. conclusiones presentadas el 29 de noviembre de 2011).

<sup>90</sup> Vid. conclusiones 65 a 68.

<sup>91</sup> Un requisito para la conservación del contrato es que éste pueda subsistir, según la versión alemana, “auf derselben Grundlage” [sobre la misma base]. Con esta formulación poco clara se hace referencia a una subsistencia en lo demás en las mismas condiciones. Ello se desprende de una comparación con otras versiones lingüísticas que mencionan unánimemente



*tal del contrato cuando pudiera darse por supuesto que el negocio no se habría realizado sin las cláusulas nulas conforme a la voluntad común real o hipotética de ambas partes porque la **finalidad o la naturaleza jurídica del contrato ya no sean las mismas**".*

El examen de si estos requisitos se cumplen en el caso concreto corresponde al juez nacional que deba aplicar la Directiva 93/13 o su normativa de transposición. La clave de la cuestión, por tanto, residiría en el dato de si la supresión de la cláusula de vencimiento anticipado altera o no la *"finalidad o la naturaleza jurídica del contrato"*. Volveremos a ello más adelante.

## **B) "Reenvío de retorno" de la cuestión a los tribunales nacionales**

**99.** Fijados esos criterios generales, el Tribunal de Justicia, como se ha dicho, huye de entrar en la polémica jurídica suscitada entre el Tribunal Supremo y el Juzgado de Primera Instancia nº1 de Barcelona, y reenvía de vuelta la cuestión a los tribunales nacionales: *"Incumbe a los órganos jurisdiccionales remitentes comprobar, con arreglo a las normas de Derecho interno y adoptando un enfoque objetivo<sup>92</sup>, si la supresión de esas cláusulas tendría como consecuencia que los contratos de préstamo hipotecario no puedan subsistir"*. E igualmente incumbe a los órganos jurisdiccionales remitentes examinar *"si la anulación de los contratos de préstamo hipotecario objeto de los litigios principales expondría a los consumidores en cuestión a consecuencias especialmente perjudiciales"*.

**100.** Aún sin entrar en la controversia, el Tribunal de Justicia parece avalar la tesis del Tribunal Supremo al aludir a las consecuencias procesales en cuanto a los cauces o vías procesales a través de los cuales los bancos pueden reclamar judicialmente el pago de la totalidad del importe del préstamo pendiente de devolución por los consumidores: *"Así, en caso de anulación de los contratos de préstamo hipotecario objeto de los litigios principales, el cobro de los créditos de los bancos deberá tener lugar a través de un procedimiento de ejecución ordinaria, mientras que seguirá siendo aplicable el procedimiento especial de ejecución hipotecaria en caso de que esos contratos se mantengan sustituyendo la cláusula abusiva por la nueva redacción del artículo 693, apartado 2, de la LEC, que permite declarar el vencimiento anticipado de tales contratos en caso de impago por parte del deudor de, al menos, tres mensualidades"*.

**101.** A continuación el Tribunal de Justicia hace una síntesis de los razonamientos hechos por el Tribunal Supremo en su auto de 8 de febrero de 2017 en cuanto a las diferencias entre ambos procedimientos (y las ventajas procesales que perdería el deudor en caso de que el procedimiento especial de ejecución hipotecaria no pudiera seguirse): *"estos dos procedimientos se distinguen, en particular, por la circunstancia de que el procedimiento especial de ejecución hipotecaria de la vivienda habitual se caracteriza por la posibilidad de que el deudor libere el bien hipotecado antes del cierre de la subasta mediante la consignación de la cantidad debida, por la posibilidad de obtener una reducción parcial de la deuda y por la garantía de que el bien hipotecado no será vendido por un precio inferior al 75 % de su valor de tasación"*.

**102.** La pérdida de estas ventajas (calificada por el TJUE como *"deterioro de la posición procesal de los consumidores afectados"*) en caso de recurrirse al procedimiento de ejecución ordinaria en lugar de seguir el cauce del procedimiento especial de ejecución hipotecaria, es considerada por el citado Tribunal como pertinente a efectos de apreciar las consecuencias de la anulación de los contratos en cuestión, lo que *"podría justificar por consiguiente, siempre que exponga a dichos consumidores a consecuencias especialmente perjudiciales, que los órganos jurisdiccionales remitentes sustituyeran las cláusulas abusivas por la versión del citado artículo 693, apartado 2, de la LEC posterior a la celebración de los contratos controvertidos en los litigios principales"*.

---

las condiciones del contrato (francés: "selon les mêmes termes"; inglés: "upon these terms"; italiano: "secondo i medesimi termini"; español: "en los mismos términos"). Este requisito se cumple si el contrato por su finalidad y su naturaleza jurídica también puede subsistir sin las cláusulas abusivas (véase Pfeiffer, T., citado en la nota 15 *supra*, apartado 11, p. 3).

<sup>92</sup> Vid. la sentencia de 15 de marzo de 2012, Pereničová y Perenič, C453/10, apartado 32.

**103.** En todo caso, el Tribunal de Luxemburgo es consciente de que se mueve en un ámbito que le es ajeno, y que no es la instancia jurisdiccional idónea ni competente para resolver las discrepancias sobre el marco legislativo nacional reflejadas en los respectivos autos de interposición de las cuestiones prejudiciales de ambos órganos remitentes, y por ello evita dar una respuesta unívoca y concluyente<sup>93</sup>, formulando una respuesta abierta y condicionada a la doble opción posible, haciendo previamente para justificar tal respuesta una afirmación ciertamente sorprendente: *“dado que las características de estos procedimientos de ejecución se enmarcan exclusivamente en la esfera del Derecho nacional, corresponde en exclusiva a los órganos jurisdiccionales remitentes llevar a cabo las comprobaciones y las comparaciones necesarias a tal efecto”*.

**104.** La afirmación de que estos procedimientos (de ejecución hipotecaria y de ejecución ordinaria) *“se enmarcan exclusivamente en la esfera del Derecho nacional, corresponde en exclusiva a los órganos jurisdiccionales remitentes llevar a cabo las comprobaciones y las comparaciones necesarias a tal efecto”*, no puede dejar de sorprender cuando previa y reiteradamente había venido sosteniendo que si bien, a falta de armonización de los mecanismos nacionales de ejecución forzosa, los procedimientos de ejecución hipotecaria (y los recursos contra las resoluciones que se pronuncien sobre la legitimidad de una cláusula contractual) forman parte del ordenamiento jurídico interno de cada Estado miembro en virtud del principio de autonomía procesal de los Estados miembros, sin embargo *“el Tribunal de Justicia ha declarado que las modalidades de que se trata deben responder al doble requisito de que no sean menos favorables que las que rigen situaciones similares de carácter interno (principio de equivalencia) y de que no hagan imposible en la práctica o excesivamente difícil el ejercicio de los derechos que confiere a los consumidores el ordenamiento jurídico de la Unión (principio de efectividad)”* (véanse, en este sentido, las sentencias Mostaza Claro<sup>94</sup>; Asturcom Telecomunicaciones,<sup>95</sup> Aziz<sup>96</sup>, y Barclays Bank<sup>97</sup>, y Sánchez Morcillo<sup>98</sup>), lo que ha provocado una verdadera revolución en este ámbito con diversas reformas legales dirigidas a adaptar la regulación procesal española a la jurisprudencia comunitaria<sup>99</sup>, como es bien sabido<sup>100</sup>.

En todo caso, consciente el Tribunal de que su respuesta sobre las cuestiones planteadas depende de premisas ajenas al ámbito de su conocimiento y decisión, completa la respuesta antes apuntada con el siguiente fundamento<sup>101</sup>: *“Por el contrario, ..., si los órganos jurisdiccionales remitentes llegan a la conclusión de que los contratos de préstamo hipotecario en cuestión pueden subsistir sin las cláusulas abusivas controvertidas en los litigios principales, deberían abstenerse de aplicar dichas cláusulas, salvo que el consumidor se oponga a ello, en particular en el caso de que este considere que una ejecución hipotecaria seguida al amparo de tal cláusula le sería más favorable que el cauce del procedimiento de ejecución ordinaria. En efecto, ese contrato debe subsistir, en principio, sin otra modificación que la resultante de la supresión de las cláusulas abusivas, en la medida en que, en virtud de las normas del Derecho interno, tal persistencia del contrato sea jurídicamente posible (véase, en este sentido, la sentencia de 26 de enero de 2017, Banco Primus, C421/14, apartado 71)”*.

<sup>93</sup> Esto ha dado lugar a que se hable en algún caso de cierto confusionismo en el texto de la sentencia. Algunos autores echan de menos la previsión en el Reglamento del procedimiento del TJUE de algún mecanismo aclaratorio de sus sentencias, como los previstos en el Derecho interno (cfr. 267, puntos 3 a 5 de la LOPJ y 214 y 215 LEC) - (vid. Dionisio Moreno Trigo – Verónica del Carpio Fiestas en *“La sentencia del Tribunal de Justicia de la Unión Europea de 26 de marzo de 2019 sobre vencimiento anticipado en préstamos con garantía hipotecaria y el archivo de la ejecución hipotecaria”*; <https://veronicadelcarpio.com/2019/03/31/stjue-26-3-2019/>).

<sup>94</sup> Apartado 24.

<sup>95</sup> Apartado 38.

<sup>96</sup> Apartado 50.

<sup>97</sup> Apartado 37.

<sup>98</sup> Apartado 31.

<sup>99</sup> Por citar sólo las dos más relevantes mencionaremos la Ley 1/2013, de 14 de mayo, de medidas para reforzar la protección a los deudores hipotecarios, reestructuración de deuda y alquiler social; o la reciente Ley 5/2019, de 19 de marzo, de Contratos de crédito inmobiliario.

<sup>100</sup> No sólo en relación con los procedimientos de ejecución hipotecaria, sino también respecto del procedimiento monitorio y del procedimiento declarativo.

<sup>101</sup> Apartado 63.

### C) Las cuestiones reenviadas a los tribunales españoles

**105.** Como consecuencia de esta contestación del Tribunal de Justicia, abierta y condicional, realmente no se ha logrado el objetivo perseguido por el Tribunal Supremo con su auto de planteamiento de la cuestión prejudicial de 8 de febrero de 2017, de fijar una jurisprudencia unívoca que de seguridad jurídica en esta materia. Este resultado de certidumbre y seguridad jurídica deberá ser obra del propio Tribunal Supremo, una vez que el Tribunal de Justicia ha entendido que esta polémica jurídica “*se enmarcan exclusivamente en la esfera del Derecho nacional*”.

**106.** Las cuestiones sobre las que, por tanto, se habrá de pronunciar ahora el Tribunal Supremo son básicamente las siguientes<sup>102</sup>: 1º si la anulación por abusividad de las cláusulas de vencimiento anticipado determina la anulación de todo el contrato del préstamo hipotecario, o si por el contrario es posible la subsistencia del resto del contrato en sus propios términos sin dicha cláusula; 2º si, en caso de responder al interrogante anterior en el sentido de que el contrato debe anularse en su totalidad, el consumidor queda expuesto a consecuencias especialmente perjudiciales (lo que conduciría a la integración del contrato mediante una norma legal<sup>103</sup>); y 3º si, en caso de responder al primer interrogante en el sentido de que el contrato no se anula en su totalidad, cómo debe arbitrarse procesalmente la opción del consumidor entre la continuidad del procedimiento de ejecución hipotecaria y la de su sobreseimiento y reenvío al procedimiento declarativo para la previa declaración de resolución del préstamo (pues la solución del TJUE en caso de subsistencia del contrato es que los tribunales nacionales se abstengan de aplicar la cláusula nula “*salvo que el consumidor se oponga a ello*”).

**107.** Aun cuando todo ello ha de ser ya objeto de nuevos pronunciamientos jurisdiccionales de nuestro Tribunal Supremo, y en tal sentido desbordan los límites del comentario de la Sentencia del TJUE de 26 de marzo de 2019, haremos algunas reflexiones sobre estas cuestiones.

### 8. La posible subsistencia del contrato de préstamo hipotecario sin la cláusula de vencimiento anticipado

**108.** Es cierto, como acertadamente pone de manifiesto el Tribunal Supremo en su auto de 8 de febrero de 2017, que el derecho de hipoteca no atribuye a su titular exclusivamente el derecho de promover la enajenación forzosa a través de un procedimiento especial, sino que le atribuye también (dentro del más genérico derecho de realización de valor) el derecho de preferencia sobre el bien hipotecado en los términos de los artículos 1923 y 1927 del Código civil y el derecho de ejecución separada en caso de concurso del deudor; además de las facultades de defensa y conservación, en la que se enmarca la acción de devastación cuando los bienes hipotecados disminuyan de valor<sup>104</sup>, y la sujeción registral de la finca o su reipersecutoriedad aunque ésta pase a un tercer poseedor<sup>105</sup>, así como las facultades de disposición del crédito hipotecario<sup>106</sup>. Por tanto, es evidente que la nulidad de la cláusula de vencimiento anticipado no comporta la desaparición completa de las facultades del acreedor hipotecario. Pero sí provoca la restricción (que no anulación) de la facultad esencial del derecho de hipoteca que es la que atribuye al acreedor el poder de forzar la venta de la cosa hipotecada para satisfacer con su precio el importe de lo adeudado.

**109.** El procedimiento a través del que se produzca esta venta forzosa debe garantizar un doble objetivo: satisfacer la pretensión del acreedor y obtener un precio justo. Así se afirmaba ya en las recomendaciones del Libro Blanco de la Justicia del Consejo General del Poder Judicial de 1997, en el que

<sup>102</sup> Otra cuestión distinta es la de interpretar el sentido de las referencias que hace la sentencia del Tribunal de Justicia de 26 de marzo de 2019 al hecho de que las cláusulas de vencimiento anticipado juzgadas “*están inspiradas*” en normas vigentes de Derecho nacional en el momento de la firma de los respectivos contratos de préstamo hipotecarios.

<sup>103</sup> El art. 693.3 LEC, en principio en su redacción vigente al tiempo de la ejecución.

<sup>104</sup> Cfr. art. 117 de la Ley Hipotecaria.

<sup>105</sup> Cfr. arts. 126 de la Ley Hipotecaria y 1876 del Código civil.

<sup>106</sup> Cfr. art. 1878 del Código civil.

se subrayaba el agotamiento del sistema tradicional de venta forzosa, pues entendía que “*no sirve para lograr el doble efecto de dar satisfacción a la pretensión del demandante y no malbaratar los bienes del deudor*”. Son muchas las cosas que se pueden hacer para conseguir este objetivo, y en gran parte ya se han realizado a través de sucesivas reformas<sup>107</sup>: desde la introducción de las subastas electrónicas, a la reducción del depósito que ha de consignarse para participar en la subasta, la financiación de las pujas mediante la hipoteca del derecho de remate, y un largo etcétera. Así resulta también del Libro Blanco de la Comisión Europea sobre la integración de los mercados hipotecarios primario y secundario en Europa de 2007, el cual ha alertado de que los Estados miembros deberían hacer más eficientes sus procedimientos de enajenación forzosa, por considerar que la ineficiencia de estos procedimientos es un factor que encarece la actividad de los prestamistas hipotecarios, aumentando en algunos casos la incertidumbre de los inversores sobre la calidad de la garantía y eleva los costes de refinanciación, anunciando que velará por que los procedimientos de ejecución de los Estados miembros tengan una duración y coste razonables<sup>108</sup>.

**110.** Esta evaluación es importante también porque la Ley 41/2007, de 7 de diciembre, en el contexto del principio comunitario de la libre circulación de capitales, admite que los créditos de cobertura de los títulos hipotecarios estén garantizados por inmuebles situados en cualquier punto del territorio de la Unión Europea mediante garantías de naturaleza equivalente, entendiéndose que existe esta equivalencia cuando el procedimiento jurídico que respalda la garantía permite a la entidad de crédito liquidar el valor de la garantía por su propia cuenta en un plazo razonable ante una situación de impago, y la obtención de un precio justo<sup>109</sup>. El objetivo perseguido por estos procedimientos es el de lograr una suerte de alquimia jurídica consistente en la transformación de valores ilíquidos (la propiedad sobre los inmuebles) en valores líquidos (dinero) para satisfacer el crédito ejecutado, transformación que ha de realizarse de la forma más rápida, justa y eficiente posible.

**111.** Por tanto, desde esta perspectiva, no parece suficiente para negar la desvirtuación de la esencia de la hipoteca admitir que el crédito hipotecario podrá ejecutarse a través de un procedimiento de ejecución ordinario, tras obtener en un procedimiento declarativo la declaración o reconocimiento del incumplimiento parcial pero suficientemente grave de la obligación de devolución del capital y pago de los intereses pactados.

**112.** Esto se entiende bien observando la evolución histórica de la hipoteca<sup>110</sup>. En un primer momento histórico se acude a la transmisión de la propiedad con fines de garantía (“*fiducia cum creditore*”), generando con ello un peligro de abusos del acreedor que cuenta con facultades desproporcionadas.

**113.** Tales inconvenientes de potenciales abusos se corrigen mediante la prenda, de forma que la garantía se apoya en la entrega de la posesión no de la propiedad -.

**114.** Pero con la prenda se debilita la posición del acreedor. Se pretende, por ello, corregir o compensar este debilitamiento mediante la concesión al acreedor de medios de autosatisfacción del crédito a través de dos vías: el pacto comisorio, y el pacto “*de vendendo*”. El primero encerraba, sin embargo, el peligro de un enriquecimiento injusto del acreedor, y por ello el Emperador Constantino lo prohibió. Por contra, el pacto que establecía el “*ius vendendi*” a favor del acreedor pignoraticio se

<sup>107</sup> Por citar sólo algunas de las normas de reforma citaremos las siguientes: Ley 41/2007, de 7 de diciembre; Ley 13/2009, de 3 de noviembre; Ley 1/2013, de 14 de mayo; Ley 19/2015, de 13 de julio; Ley 5/2019, de 15 de marzo.

<sup>108</sup> Sobre la correlación entre regulación y precio del crédito vid, v.gr. “*El Banco de España tiene claro que la nueva ley de crédito inmobiliario, que entrará en vigor el próximo 16 de junio, va a encarecer sustancialmente las hipotecas. Así lo ha manifestado esta mañana Fernando Tejada, director del departamento de Conducta de Mercado y Reclamaciones del organismo supervisor durante su intervención en la Jornada sobre la Ley de Crédito Inmobiliario organizada por la Asociación Hipotecaria Española*” (<https://www.economista.es/economia/noticias/9809469/04/19/Andalucia-baja-a-un-1-Sucesiones-y-Donaciones-y-aviva-el-debate-fiscal>).

<sup>109</sup> Vid. nueva redacción que da al artículo 5 de la Ley 2/1981, de 25 de marzo, de Regulación del Mercado Hipotecario.

<sup>110</sup> Vid. “*Ejecución judicial sobre bienes hipotecados*”, de J.M DÍAZ FRAILE, Centro de Estudios Registrales, 2000, pags. 44 y siguientes.

hizo tan frecuente que la jurisprudencia romana (fines siglo II. d.C.) terminó por considerarlo como un elemento natural y consustancial de la prenda.

**115.** Pero, a su vez, el desplazamiento posesorio planteaba serios inconvenientes para el deudor, el cual veía debilitada su posición económica por la pérdida de la posesión de la cosa pignorada, razón por lo que se introdujo la posibilidad de la prenda sin posesión (“*pignus conventum*” o “hipoteca”), en la que la entrega de la posesión se aplaza hasta que la obligación se incumpla, a fin de proceder a su venta. La garantía quedaba reducida, pues, al derecho concedido por el pacto “*de vendendo*” y la esencia de la hipoteca fijada en el “*ius vendendi*” que el acreedor podía ejercitar, si bien debía devolver el “*superfluum*” o remanente del precio obtenido<sup>111</sup>.

**116.** En esta evolución el último paso se produce por la sustitución de la posesión necesaria para la venta por la publicidad registral, que permite y posibilita la enajenación sin entrega de posesión, a través de los mecanismos registrales de publicidad y mediante el control estatal de aquella enajenación.

**117.** Así pues, la hipoteca aparece ya en el Código civil conformada sobre la base del “*ius vendendi*”, como claramente queda reflejado en el artículo 1.858 del Código civil, según el cual “*Es de esencia de los contratos de prenda e hipoteca que, vencida la obligación principal, puedan ser enajenadas las cosas en que consiste la prenda o hipoteca para pagar al acreedor*”. Como ha afirmado reiteradamente la Dirección General de los Registros y del Notariado, “*la facultad del acreedor hipotecario para instar la enajenación forzosa del bien objeto de garantía forma parte del contenido estructural del derecho de hipoteca. La atribución del “ius vendendi” al acreedor no es un elemento añadido o circunstancial sino que integra el contenido esencial de su derecho*” (vid. por todas la Resolución de fecha 13 de abril de 2012). Con ello el acreedor no necesita acudir a la ejecución forzosa sobre el patrimonio del deudor; le basta realizar la garantía, vendiendo la cosa.

**118.** Ahora bien, paralelamente, en la evolución de la hipoteca se manifiesta una tendencia clara a establecer cautelas y garantías en torno a la realización del bien hipotecado, con objeto de evitar abusos por parte del acreedor, y que, en suma, concluyen en la exigencia de someter la venta a control público, de forma que ha de realizarse con intervención del Estado. Pero de lo que se trata es de un control público de un proceso de enajenación, no de un procedimiento de ejecución judicial en sentido estricto, como lo demuestra que la enajenación puede llevarse a cabo a través de un procedimiento notarial<sup>112</sup>. Así lo ha venido destacado reiteradamente el Tribunal Constitucional español, afirmando que el procedimiento de ejecución directa de hipotecas se caracteriza por la extraordinaria fuerza ejecutiva del título y la paralela disminución de las posibilidades de contenerla mediante la formulación de excepciones, de forma que la presentación de la demanda, el requerimiento al deudor y la llamada de terceros poseedores o acreedores posteriores son condiciones suficientes para pasar a la fase de realización (vid. sentencia de 17 de enero de 1991). Esta sumariedad se explica porque la ejecución solo puede realizarse sobre la base de los extremos contenidos en el asiento registral, lo que inviste al derecho de presunción de legalidad.

**119.** En definitiva, el procedimiento especial de ejecución hipotecaria se ha venido caracterizando tradicionalmente como una vía de apremio o procedimiento de ejecución pura, sumario y sin contradicción entre partes, basado en los pronunciamientos del Registro, que permite ejercitar su función de extracción del valor en cambio de la finca en tanto no se pruebe en sede judicial la inexactitud del Registro; con causas de suspensión y oposición tasadas legalmente a los solos casos de falsedad del título, cancelación de la hipoteca, tercería de dominio y error en el saldo de la cuenta. Por ello resulta dudoso que el legislador español de la Ley 1/2013 acertase al introducir en el artículo 695 de la Ley de Enjuiciamiento Civil como causa de oposición la de la abusividad de las cláusulas de la hipoteca, pues

<sup>111</sup> Vid., J.M DÍAZ FRAILE en “Presente y futuro de la hipoteca como instrumento de fomento del crédito en el contexto del derecho comunitario”, *Anuario de Derecho Civil*, vol 69, nº2, 2016, pp. 501-523.

<sup>112</sup> Cfr. art. 129 de la Ley Hipotecaria. Vid. también sentencia del Tribunal de Justicia (Sala Tercera) de 10 de septiembre de 2014, en el asunto C34/13, Kušionová.

esta consecuencia no se seguía necesariamente de la Sentencia TJUE de 14 de marzo de 2013 a la que pretendía dar cumplimiento, ni es la que necesariamente beneficia más al consumidor<sup>113</sup> y al mercado hipotecario, frente a la alternativa que sugería la citada sentencia del Tribunal de Justicia de haber admitido no necesariamente el efecto suspensivo de la ejecución vinculado a la demanda en el procedimiento declarativo seguido por cualquiera de las causas previstas en el artículo 698.1 de la Ley procesal civil<sup>114</sup> (en su caso también por la posible abusividad de determinadas cláusulas del contrato), pero sí, al menos, la conservación de la vigencia de la anotación preventiva de dicha demanda, incluso si se hubiese tomado con posterioridad al inicio del procedimiento ejecutivo<sup>115</sup>, reformando en tal sentido el artículo 131 de la Ley Hipotecaria<sup>116</sup> <sup>117</sup>(como sucede en otros países europeos como Alemania o Italia, en los que, sin embargo, se mantiene el carácter sumario del procedimiento de ejecución sin control de oficio de cláusulas abusivas dentro del mismo por parte del juez, control que se defiere, en su caso, al juicio declarativo<sup>118</sup>).

<sup>113</sup> Vid. parágrafo 43 de la sentencia del Tribunal de Justicia (Sala Primera) de 17 de julio de 2014, en el asunto C169/14, Sánchez Morcillo: “*Habida cuenta de las mencionadas características, en el supuesto de que se desestime la oposición formulada por el consumidor contra la ejecución hipotecaria de un bien inmueble de su propiedad, el sistema procesal español, considerado en su conjunto y tal como resulta aplicable en el litigio principal, expone al consumidor, o incluso a su familia —como sucede en el litigio principal—, al riesgo de perder su vivienda como consecuencia de la venta forzosa de ésta, siendo así que el juez que tramita la ejecución, en su caso, habrá llevado a cabo, a lo sumo, un examen somero de la validez de las cláusulas contractuales en las que el profesional fundamentó su demanda. La tutela que el consumidor, en su condición de deudor ejecutado, podría obtener eventualmente de un examen judicial distinto, efectuado en el marco de un proceso declarativo sustanciado en paralelo al procedimiento de ejecución, no puede paliar el mencionado riesgo, puesto que, aun suponiendo que tal examen desvele la existencia de una cláusula abusiva, el consumidor no obtendrá una reparación in natura de su perjuicio, que le reintegre a la situación anterior al despacho de la ejecución del bien inmueble hipotecado, sino que obtendría únicamente, en el mejor de los casos, una indemnización que compensara tal perjuicio. Ahora bien, este carácter meramente indemnizatorio de la reparación que eventualmente se conceda al consumidor le proporcionará tan sólo una protección incompleta e insuficiente. No constituye un medio adecuado y eficaz, en el sentido del artículo 7, apartado 1, de la Directiva 93/13, para lograr que cese la aplicación de la cláusula considerada abusiva del documento auténtico de constitución de hipoteca sobre el bien inmueble que sirve de base para trabar el embargo de dicho inmueble (véase, en este sentido, la sentencia Aziz, apartado 60)”.*

<sup>114</sup> Conforme al cual “*Cualquier reclamación que el deudor, el tercer poseedor y cualquier interesado puedan formular y que no se halle comprendida en los artículos anteriores, incluso las que versen sobre nulidad del título o sobre el vencimiento, certeza, extinción o cuantía de la deuda, se ventilarán en el juicio que corresponda, sin producir nunca el efecto de suspender ni entorpecer el procedimiento que se establece en el presente capítulo”.*

<sup>115</sup> Y de la expedición de la certificación de dominio y cargas prevista en el artículo 688 LEC.

<sup>116</sup> Así resulta de los apartados 56 a 59 de la sentencia del Tribunal de Justicia de 14 de marzo de 2013: “*56. Por otra parte, en virtud del artículo 131 de la Ley Hipotecaria, las anotaciones preventivas de demanda de nulidad de la propia hipoteca o cualesquiera otras que no se basen en alguno de los supuestos que puedan determinar la suspensión de la ejecución quedarán canceladas en virtud del mandamiento de cancelación a que se refiere el artículo 133 de dicha Ley, siempre que sean posteriores a la nota marginal de expedición de certificación de cargas.*

<sup>57</sup> Pues bien, de lo expuesto se deduce que, en el sistema procesal español, la adjudicación final a un tercero de un bien hipotecado adquiere siempre carácter irreversible, aunque el carácter abusivo de la cláusula impugnada por el consumidor ante el juez que conozca del proceso declarativo entrañe la nulidad del procedimiento de ejecución hipotecaria, salvo en el supuesto de que el consumidor realice una anotación preventiva de la demanda de nulidad de la hipoteca con anterioridad a la nota marginal indicada.

<sup>58</sup> A este respecto, es preciso señalar, no obstante, que, habida cuenta del desarrollo y de las peculiaridades del procedimiento de ejecución hipotecaria controvertido en el litigio principal, tal supuesto debe considerarse residual, ya que existe un riesgo no desdeñable de que el consumidor afectado no realice esa anotación preventiva en los plazos fijados para ello, ya sea debido al carácter sumamente rápido del procedimiento de ejecución en cuestión, ya sea porque ignora o no percibe la amplitud de sus derechos (véase, en este sentido, la sentencia Banco Español de Crédito, antes citada, apartado 54).

<sup>59</sup> Por consiguiente, procede declarar que un régimen procesal de este tipo, al no permitir que el juez que conozca del proceso declarativo, ante el que el consumidor haya presentado una demanda alegando el carácter abusivo de una cláusula contractual que constituye el fundamento del título ejecutivo, adopte medidas cautelares que puedan suspender o entorpecer el procedimiento de ejecución hipotecaria, cuando acordar tales medidas resulte necesario para garantizar la plena eficacia de su decisión final, puede menoscabar la efectividad de la protección que pretende garantizar la Directiva (véase, en este sentido, la sentencia de 13 de marzo de 2007, *Unibet*, C432/05, *Rec. p. I2271*, apartado 77”).

<sup>117</sup> Vid. J.M. DÍAZ FRAILE, “El control de las cláusulas abusivas de las hipotecas en la calificación registral y en el procedimiento de ejecución tras la sentencia del Tribunal de Justicia de Luxemburgo de 14 de marzo de 2014”, *La Ley Unión Europea*, nº 5, 2013, pp. 5-21.

<sup>118</sup> Según la información expuesta en un Workshop organizado por el *EuropeanLawInstitute* y por el Colegio de Registradores de la Propiedad y Mercantiles de España, celebrado en junio de 2017 en Madrid, con la participación de la presidenta del citado Institute Diana Wallis y destacados expertos hipotecarios de siete países europeos (entre ellos los citados de Alemania

**120.** Perdida la posibilidad de acudir al procedimiento de ejecución directa o sumaria (en caso de aplazar esta posibilidad a la fecha del vencimiento del último plazo de amortización), la hipoteca perdería parte de su contenido esencial y, por tanto, difícilmente puede seguir siendo reconocible institucionalmente como tal<sup>119</sup>. Como ha destacado el Tribunal Constitucional en su Sentencia número 113/2011, de 19 de julio, con cita de otras anteriores como las números 41/1981, de 18 de diciembre, y 217/1993, de 30 de junio, *“este tipo de procedimiento [la ejecución hipotecaria] se caracteriza por la extraordinaria fuerza ejecutiva del título y paralela disminución de las posibilidades de oponerse mediante la formulación de excepciones, ya que la presentación de la demanda, la integración del título y la llamada de terceros poseedores y acreedores posteriores son condiciones suficientes para pasar a la fase de realización, y que el deudor, como los terceros poseedores y acreedores posteriores, más allá de detener la ejecución mediante el pago, para lo que la Ley establece que debe hacerse el oportuno requerimiento, apenas tienen posibilidades de oposición, pues al objeto de impedir la suspensión del procedimiento el art. 132 prevé (en la actualidad, artículo 695 de la Ley de Enjuiciamiento Civil), salvo en los cuatro supuestos taxativamente fijados, que las demás reclamaciones que puedan aquéllos formular se ventilarán en el juicio declarativo que corresponda. Precisamente, por esta posibilidad, es decir, porque queda abierta a todos los interesados la vía del juicio declarativo para la defensa de sus derechos, este Tribunal Constitucional ha afirmado que la limitación de controversia y demás peculiaridades de este procedimiento no vulneran el derecho a la defensa consagrado en el art. 24.1 CE”*.

**121.** Esta caracterización del procedimiento de ejecución hipotecaria (directamente vinculada a la eficacia de la hipoteca como garantía de la obligación asegurada) es uno de los elementos que permiten comprender la razón por la cual, como destaca el auto del Tribunal Supremo de 8 de febrero de 2017 de planteamiento de la cuestión prejudicial C-70/17, según los datos estadísticos del Banco de España, el tipo de interés medio aplicado a las operaciones de crédito al consumo en diciembre de 2015 fue del 9,1%, frente al 1,7% de las operaciones hipotecarias, pues dicho menor coste de los préstamos hipotecarios es correlativo al menor riesgo de impago de estos últimos (que para la vivienda habitual, según las estadísticas citadas en el mencionado auto, se situó a finales de 2015 en el 4,8%, muy por debajo del mismo riesgo para el conjunto del crédito bancario). Reducida la tasa de morosidad de los préstamos hipotecarios, gracias a la efectividad de la garantía, en los términos señalados, se reduce en paralelo los intereses remuneratorios pactados, que descienden al reducirse las pérdidas derivadas de los créditos fallidos, al permitir la garantía hipotecaria la satisfacción forzosa del crédito a través del proceso de ejecución hipotecaria especial.

**122.** Sin embargo, estos elementos estructurales del crédito hipotecarios pueden quedar alterados al haber perdido el citado procedimiento de ejecución hipotecaria su carácter sumario y de mero apremio, basado en el diferimiento de la discusión jurídica sobre las cuestiones de fondo sobre validez del título, vencimiento de la deuda, etc, a un procedimiento declarativo ulterior (cfr. art. 698 LEC).

**123.** En la actualidad, especialmente a la vista de la situación resultante del exponencial incremento de la litigiosidad en esta materia, la introducción de un incidente contradictorio en el trámite de despacho de la ejecución (cfr. art. 552 LEC), la adición de una causa de oposición por abusividad contractual, de doble instancia, con efectos suspensivos inmediatamente posterior al decreto de despacho de la ejecución (cfr. art. 695.4ª LEC), la exigencia de un control de oficio de la eventual abusividad de cualquiera de las cláusulas del contrato sin preclusión de plazo, incluso más allá de la propia firmeza del

---

e Italia), con el objeto de realizar un estudio comparado entre las distintas regulaciones nacionales en materia de ejecuciones hipotecarias, en particular sobre los puntos que resultan más controvertidos a la vista de la reciente jurisprudencia del TJUE.

<sup>119</sup> Cosa muy distinta es intentar paliar al máximo de lo posible las consecuencias adversas de la ejecución para el deudor de buena fe, objetivo al que se ha aplicado el legislador español durante los últimos años. De hecho esta materia desde hace unos años está en permanente estado de reforma, hasta el punto de que constituye un perfecto ejemplo del fenómeno de *“legislación motorizada”* de que hablaba el profesor García de Enterría en su libro *“Justicia y seguridad jurídica en un mundo de leyes desbocadas”*. Se trata de una manifestación más de los fenómenos sociales modernos marcados por lo temporal e inestable, como refleja el sociólogo Zygmunt Bauman en su obra *“Modernidad líquida”*.

decreto de adjudicación en la subasta de la finca hipotecada (cfr. sentencia TJUE de 26 de enero de 2017, Banco Primus), y la exigencia de que el citado control de oficio en el trámite del despacho de ejecución se traduzca en una resolución expresa de exclusión de abusividad que satisfaga las exigencias de motivación propia de una tutela judicial plena y contradictoria (cláusula por cláusula del contrato), y sin la cual no se entiende generado el efecto de cosa juzgada<sup>120</sup> (lo que permitiría reproducir la discusión en otra fase del mismo procedimiento ejecutivo o en otro posterior declarativo), conforme a la doctrina de la reciente Sentencia del Pleno del Tribunal Constitucional de 28 de febrero de 2019, cabe concluir en la racionalidad de las advertencias hechas por el Tribunal Supremo en su auto de 8 de febrero de 2017<sup>121</sup> al señalar que *“Esta interrelación entre la concesión masiva de créditos hipotecarios a las familias para la adquisición de vivienda y las garantías del prestamista, puede tener como efecto que la imposibilidad de recuperación de los créditos morosos por el proceso especial de ejecución hipotecaria implique una contracción del crédito a futuro, dificultando extraordinariamente el acceso a la vivienda en propiedad”*. Previsión racional que se confronta con una realidad anterior distinta, puesta de manifiesto en el mismo auto y tomada de los datos estadísticos del Banco de España, conforme a la cual *“la proporción de viviendas en propiedad en España era, a finales de 2015, del 77% del total; uno de los más altos de la Unión Europea, en comparación, por ejemplo, con Reino Unido (70%), Francia (62%) o Alemania (53,2%)”*.

**124.** Lo que pone de manifiesto que la sobreprotección del consumidor, a partir de un determinado nivel, puede terminar resultando contraproducente para el mismo. O como señala el Tribunal Supremo en sus sentencias de 23 de diciembre de 2015 y 18 de febrero de 2016, la tutela de los consumidores *“aconseja evitar interpretaciones maximalistas, que bajo una apariencia de máxima protección, tengan como consecuencia paradójica la restricción del acceso al crédito hipotecario y, derivadamente, a la adquisición de vivienda en propiedad”*.

**125.** Dicho todo lo cual, hay que constatar (prescindiendo de esta perspectiva más amplia sobre las consecuencias no sólo para el *“consumidor particular”*, sino también para el *“consumidor en general”*), haciendo por un momento abstracción de que la finalidad última de la jurisprudencia del Tribunal de Justicia de la UE sobre la interpretación del artículo 6.1 de la Directiva 93/13, y su prescripción sobre subsistencia del contrato *“en los mismos términos”* sin la cláusula abusiva, es evitar las *“consecuencias especialmente perjudiciales”* para el deudor (se desprendan estas de la anulación total del contrato o de su subsistencia sin la cláusula viciada), que a la pregunta sobre si el contrato del préstamo hipotecario puede o no subsistir (sin sufrir una anulación total) sin la cláusula de vencimiento anticipado, en el marco del Derecho español, ha de responderse afirmativamente, a pesar de que ello pueda ser simultáneamente más perjudicial para acreedor (en los términos antes examinados) y para el deudor. Como acertadamente afirmaba el Tribunal Supremo en el auto de 8 de febrero de 2017, *“Pese a las ventajas que el proceso ejecutivo especial otorga al deudor, los bancos siguen “acudiendo masivamente a él antes que optar por el proceso declarativo, porque es más rápido y les libera de tener que provisionar el crédito fallido durante un largo tiempo. Pero los perjuicios que para los bancos supone acudir al declarativo no se traducen en ventajas de un valor equivalente para el consumidor que es deudor en ese caso concreto, y además encarece el crédito, con perjuicio para los consumidores en general”*<sup>122</sup>.

<sup>120</sup> Vid. apartado 54 de la citada sentencia del Banco Primus: *“La Directiva 93/13 debe interpretarse en el sentido de que no se opone a una norma nacional, como la que resulta del artículo 207 de la LEC, que impide al juez nacional realizar de oficio un nuevo examen del carácter abusivo de las cláusulas de un contrato cuando ya existe un pronunciamiento sobre la legalidad del conjunto de las cláusulas de ese contrato a la luz de la citada Directiva mediante una resolución con fuerza de cosa juzgada.*

*Por el contrario, en caso de que existan una o varias cláusulas contractuales cuyo eventual carácter abusivo no ha sido aún examinado en un anterior control judicial del contrato controvertido concluido con la adopción de una resolución con fuerza de cosa juzgada, la Directiva 93/13 debe interpretarse en el sentido de que el juez nacional, ante el cual el consumidor ha formulado, cumpliendo lo exigido por la norma, un incidente de oposición, está obligado a apreciar, a instancia de las partes o de oficio, cuando disponga de los elementos de hecho y de Derecho necesarios para ello, el eventual carácter abusivo de esas cláusulas”.*

<sup>121</sup> Fundamento jurídico octavo.

<sup>122</sup> Vid. fundamento jurídico quinto.



**126.** La prueba de que, a pesar de todo lo anterior, el contrato de préstamo hipotecario puede subsistir, es que el pacto de vencimiento anticipado previsto en el artículo 693.2 de la Ley de Enjuiciamiento Civil, pese a su generalización en el tráfico jurídico a que ya hemos aludido, puede pactarse o no pactarse. Sería absurdo que tratándose de un pacto voluntario, amparado por una norma que lo autoriza pero no lo impone como necesario, pudiera plantearse que sin dicho pacto el contrato del préstamo hipotecario es nulo, lo que valdría tanto como decir que la ley incurriría en el absurdo jurídico de prever un elemento o requisito no esencial en el contrato (el pacto de vencimiento anticipado) que luego resulta ser esencial en el sentido de que su ausencia genera la anulación completa del contrato<sup>123</sup>. Por la vía de la interpretación a través del principio de “*reductio ad absurdum*”, ha de descartarse la proposición que pretenda afirmar la inviabilidad o nulidad total del préstamo hipotecario por consecuencia de la nulidad de la cláusula de vencimiento anticipado<sup>124</sup>.

**127.** Es más, en rigor la ausencia de pacto sobre vencimiento anticipado por impago de cuotas no priva completamente al acreedor de la posibilidad de acudir a la enajenación forzosa del bien hipotecado por la vía del procedimiento especial de ejecución hipotecaria, ejecución que puede activarse mediante demanda ejecutiva en caso de que vencieren al menos tres plazos mensuales sin cumplir el deudor su obligación de pago<sup>125</sup>, conforme a lo previsto en el apartado 1 del artículo 693 de la Ley de Enjuiciamiento Civil. Lo que sucede es que dicha opción de ejecución parcial exclusivamente por las cantidades vencidas (no por el resto del capital pendiente de vencimiento conforme al cuadro de amortización pactado) puede resultar enormemente oneroso para el deudor, pues en tales casos, y según prevé el mismo precepto, “*Si para el pago de alguno de los plazos del capital o de los intereses fuere necesario enajenar el bien hipotecado, y aún quedaren por vencer otros plazos de la obligación, se verificará la venta y se transferirá la finca al comprador con la hipoteca correspondiente a la parte del crédito que no estuviere satisfecha*”. Lo que comporta las consecuencias negativas para el deudor ya indicadas más arriba, es decir, pérdida de la propiedad del bien y mantenimiento de la responsabilidad personal por la deuda en cuantía equivalente a la diferencia entre el valor alcanzado por el bien en la subasta y la suma de las cantidades adeudadas y las pendientes de pago.

**128.** Ahora bien, una cosa es que el contrato de préstamo hipotecario no quede anulado en su totalidad (ni el préstamo ni la hipoteca) como consecuencia de la nulidad de la cláusula de vencimiento anticipado, y otra distinta que, aún siendo susceptible de conservación en la parte restante sin dicha cláusula, no haya de reconocerse que queda afectada, al menos en parte, un elemento estructural esencial cuando se trate, como es habitual en la práctica del tráfico jurídico, de un contrato a largo plazo (con promedios de duración superiores a los 25 años), al privar al acreedor de la posibilidad de desvincularse del contrato en caso de grave y duradero incumplimiento de la obligación de devolución del capital y pago de los intereses por parte del deudor. Como antes se dijo, no parece suficiente para negar la desvirtuación de la esencia de la hipoteca admitir que el crédito hipotecario pueda ejecutarse a través de un procedimiento de ejecución ordinario, tras obtener en un procedimiento declarativo la declaración o reconocimiento del incumplimiento parcial pero suficientemente grave de la obligación del prestatario.

**129.** En este sentido, conforme a la jurisprudencia del TJUE contenida en la sentencia de 26 de marzo de 2019 (completada por la contenida en la sentencia de 15 de marzo de 2012<sup>126</sup> a que se remite), la pregunta no es si el contrato de préstamo hipotecario puede subsistir (por no anularse totalmente) tras

<sup>123</sup> Cfr. art. 1261 del Código civil.

<sup>124</sup> La constatación “*empírica*” de que la nulidad por abusividad de la cláusula de vencimiento anticipado no provoca la nulidad total del préstamo hipotecario resulta de la observación de la práctica forense, en la que los acreedores que han visto anulada la cláusula de vencimiento anticipado de un crédito hipotecario y sobreesido el procedimiento de ejecución hipotecaria, en numerosas ocasiones han demandado y obtenido la resolución o el vencimiento anticipado del préstamo en un proceso declarativo, lo que presupone necesariamente que el contrato que sirve de título a dicha demanda existe, es eficaz y genera obligaciones exigibles.

<sup>125</sup> “*O un número de cuotas tal que suponga que el deudor ha incumplido su obligación por un plazo al menos equivalente a tres meses.*”

<sup>126</sup> Asunto C-453/10, Pereničová-Perenič.

la ablación de la cláusula de vencimiento anticipado, sino si dicha ablación comporta o no una modificación o alteración de “*la finalidad o la naturaleza jurídica del contrato*”, de forma que esta finalidad y naturaleza jurídica ya no sean las mismas sin la cláusula de vencimiento anticipado. Recordemos, como señalamos “*supra*”, que conforme a la aludida sentencia del TJUE de 15 de marzo de 2012, puede considerarse que no hay posibilidad material objetivamente apreciable de aplicación subsiguiente del contrato “*cuando, como consecuencia de la nulidad de una o de varias cláusulas, hubiera desaparecido el fundamento para la celebración del contrato desde la perspectiva de ambas partes contratantes*”. Lo que el Abogado general, a cuyas conclusiones se remite el Tribunal, ejemplifica del modo siguiente: “*Excepcionalmente podría por ejemplo considerarse una nulidad total del contrato cuando pudiera darse por supuesto que el negocio no se habría realizado sin las cláusulas nulas conforme a la voluntad común real o hipotética de ambas partes porque la finalidad o la naturaleza jurídica del contrato ya no sean las mismas*”. No basta, por tanto, que quepa presumir que una de las partes contratantes (o las dos) no habrían prestado su consentimiento a la celebración del contrato sin la inclusión de las cláusulas suprimidas, sino que dicha presunción debe estar basada en el hecho objetivo de que “*la finalidad o naturaleza jurídica del contrato ya no sean las mismas*”.

**130.** ¿Sucede así en los casos de supresión de la cláusula de vencimiento anticipado en los préstamos hipotecarios?

Así parecería desprenderse, en caso de entenderse que resulta inviable el cauce del procedimiento de ejecución hipotecaria por la anulación de la cláusula de vencimiento anticipado (al requerir acudir previamente al juicio declarativo *ex art.* 1124 Cc), por la extrapolación de la doctrina de la Dirección General de los Registros y del Notariado en los casos de supresión de los pactos de ejecución por la vía del procedimiento especial de ejecución hipotecaria o por la vía de la venta extrajudicial, cuando se plantea la cuestión de la posible inscripción parcial de la hipoteca, con exclusión de dichos pactos, cuando los mismos no cumplen con las exigencias de fijación de domicilio y tasación de la finca del artículo 688 de la Ley de Enjuiciamiento Civil. En concreto, la reciente Resolución de 22 de febrero de 2019 (con cita de las anteriores de 18 de febrero y 12 y 30 de septiembre de 2014), destaca el carácter “*esencial*” de dichos pactos, de forma que si bien admite la posibilidad de la inscripción parcial en tales casos “*ya que el acreedor puede acudir para la realización de la hipoteca al juicio ejecutivo ordinario que corresponde*”, exige para ello una solicitud expresa de las partes: “*para poder practicar la inscripción parcial de la hipoteca sin dichas cláusulas, se precisa solicitud expresa de las partes (artículos 19 bis y 322 de la Ley Hipotecaria) dado que se considera que las mismas constituyen un elemento delimitador del contenido esencial del derecho real de hipoteca, que viene constituido por la responsabilidad hipotecaria y por los procedimientos ejecutivos que le son propios*”.

**131.** Y ello no sólo desde el punto de vista del acreedor, pues, como señala la citada Resolución, “*debe recordarse que la utilización de tales procedimientos especiales, aunque su uso sea potestativo por parte del acreedor, no le es indiferente a la parte prestataria ya que, tratándose de su vivienda habitual, en los mismos goza, si el importe del remate aprobado fuera insuficiente para lograr la completa satisfacción del derecho del ejecutante (artículos 579.2 de la Ley de Enjuiciamiento Civil y 129.2.h) de la Ley Hipotecaria), de unos derechos de quita y participación en las ganancias de la venta posterior de la finca (si se hubiera rematado o adjudicado al acreedor) que carece en el resto de los procedimientos y que le pudo llevar a consentir el pacto. Derechos de los que cuales carecería en el caso de inscripción parcial*”.

**132.** Así lo considera también el prof. Pantaleón<sup>127</sup>, que atribuye a la sentencia de la Gran Sala de 26 de marzo de 2019 un efecto de “*mutación de la “excepción Kásler” por remisión a la Sentencia del TJUE de 15 de marzo de 2012 (hablando por ello ahora no de “doctrina Kásler” sino de “doctrina Kásler-Abanca”)*”, destacando que de esta sentencia se desprende la idea de que “*la posición de una de*

<sup>127</sup> <https://almacenederecho.org/la-sentencia-de-la-gran-sala-del-tribunal-de-justicia-sobre-clausulas-de-vencimiento-anticipado-abusivas/>.

*las partes en el contrato, en el presente caso el consumidor, no puede considerarse el criterio decisivo que decida sobre el ulterior destino del contrato*". Añade a ello su opinión de que *"la Gran Sala del TJUE ha llegado a convencerse de que, no solo no cabe descartar que los Jueces y Tribunales españoles vengán a concluir que el contrato no puede subsistir sin integración, sino que es incluso lo probable: de otro modo, la Gran Sala habría acogido sencillamente las Conclusiones del Abogado General. Yo también lo considero probable, pues me inclino decididamente a pensar que, en los contratos sintagmáticos (sic) de larga duración, es Derecho dispositivo fuerte (que requiere, para ser excluido, un pacto expreso) que cada parte tenga la facultad de no permanecer vinculada, cuando el incumplimiento de la otra haya hecho ya inexigible, conforme a la buena fe, el mantenimiento de la vinculación contractual"*.

Recuérdese que, como señalamos *"supra"*, el principio de seguridad jurídica de las actividades económicas, como criterio que también se ha de tomar en cuenta en la apreciación sobre la subsistencia de los contratos aquejados de la presencia de cláusulas abusivas desde un enfoque objetivo, fue reiterado por el TJUE en su Sentencia de 30 de mayo de 2013: *"Por lo que se refiere a los criterios que permiten determinar si un contrato puede efectivamente subsistir sin las cláusulas abusivas, el Tribunal de Justicia ha estimado que tanto el texto del artículo 6, apartado 1, de la Directiva 93/13 como los requisitos relativos a la seguridad jurídica de las actividades económicas abogan por un enfoque objetivo a la hora de interpretar esta disposición"*<sup>128</sup>.

**133.** En este contexto no resulta inoportuna la pregunta que formula el prof. Guilarte sobre si puede subsistir el contrato de préstamo hipotecario o si aún subsistiendo respeta el principio del equilibrio contractual *"un contrato sin posibilidad de percibir intereses moratorios, sin facultad de resolución ante los impagos parciales –sean los que sean– y ... sin posibilidad de utilizar el juicio sumario del art. 693.II LEC"*<sup>129</sup>. El mismo autor contesta a la pregunta con una negativa: *"Creo que desde la perspectiva de la STJUE, que explícitamente se remite a la STJUE de 15 de marzo de 2012 y que se encierra en lo que el Prof. Pantaleón denomina doctrina Kásler-Abanca, el mutilado contrato no podría persistir"*.

**134.** En esta línea MARTÍN FABRA<sup>130</sup> cree que ha habido un cambio en la doctrina *"Kásler"* si bien de forma encubierta, afirmando que el Tribunal *"intenta aparentar artificiosamente que no está modificando su doctrina sobre la posibilidad de integración de cláusulas abusivas, pero evidentemente lo hace. Y creo que lo quiere aparentar para que esta sentencia no sirva como ejemplo de una modificación o derogación sobre su doctrina anterior sobre la no integración de una cláusula abusiva, porque en realidad la doctrina de la STJUE comentada ha sido emitida para resolver un caso muy particular del ordenamiento jurídico español. Considero, pues, que el TJUE está avalando la doctrina del TS, lo que, por cierto, ya ha hecho con anterioridad con la doctrina de la moderación de una cláusula de intereses de demora declarada abusiva (STJUE de 7 de agosto de 2018, asuntos acumulados C-96/16 y C-94/17)"*.

## **9. La exposición del deudor a consecuencias perjudiciales por deterioro de su posición procesal (en caso de resolución del préstamo hipotecario por la vía del artículo 1124 del Código civil)**

### **A) Interpretación literal versus interpretación finalista de la sentencia del TJUE de 26 de marzo de 2019**

**135.** Si se hace una interpretación literal y lineal de la sentencia del Tribunal de Justicia de 26 de marzo de 2019 nos encontraríamos con que, según lo expuesto aisladamente en su apartado 63, *"si los órganos jurisdiccionales remitentes llegan a la conclusión de que los contratos de préstamo hipotecario en cuestión pueden subsistir sin las cláusulas abusivas controvertidas en los litigios principales, deberían abstenerse de aplicar dichas cláusulas, salvo que el consumidor se oponga a ello, en particular"*

<sup>128</sup> Apartado 47. Asunto C-397/11, Erika Jörös. Vid. en el mismo sentido la sentencia de 15 de marzo de 2012, en el asunto C-453/10, Pereničová-Perenič.

<sup>129</sup> Ibidem nota 122.

<sup>130</sup> M. FABRA, en "STJUE de 26 de marzo de 2019 sobre vencimiento anticipado del crédito hipotecario", en <http://centrodeestudiosdeconsumo.com>

*en el caso de que este considere que una ejecución hipotecaria seguida al amparo de tal cláusula le sería más favorable que el cauce del procedimiento de ejecución ordinaria. En efecto, ese contrato debe subsistir, en principio, sin otra modificación que la resultante de la supresión de las cláusulas abusivas, en la medida en que, en virtud de las normas del Derecho interno, tal persistencia del contrato sea jurídicamente posible*<sup>131</sup>.

**136.** Ciertamente la “traducción” o equivalencia por “nulidad” que se ha hecho en nuestro Derecho de la expresión “no vincularán al consumidor” con referencia a las cláusulas abusivas no es totalmente correcta (si entendemos la nulidad, como nulidad de pleno derecho o absoluta, automática e insubsanable), en la medida en que la ineficacia de la estipulación abusiva no deriva sólo de su abusividad, sino también de la conformidad del consumidor con dicha ineficacia, a la que puede renunciar o de la que puede desistir, como ha afirmado en diversas ocasiones la jurisprudencia del Tribunal de Justicia, y reitera de nuevo en la sentencia de 26 de marzo de 2019.

**137.** En este punto hay que distinguir una doble hipótesis según que la apreciación de la abusividad en sede de procedimientos de ejecución hipotecaria la realice el juzgado de oficio (*ex art. 552 LEC*, o en cualquier otro momento del procedimiento en que cuente con los elementos de hecho y de Derecho necesarios para ello *ex. sentencia del TJUE de 26 de enero de 2017, asunto Banco Primus y sentencia del TC de 28 de febrero de 2019*), o bien dicha apreciación y pronunciamiento de abusividad se produzca como consecuencia de un incidente de oposición promovido por el deudor ejecutado (*ex. art. 695.4ª LEC*). En el primer caso, parece obligado abrir un trámite de audiencia a fin de recabar la conformidad del deudor al sobreseimiento del procedimiento de ejecución. En el segundo caso, dicho trámite es innecesario pues es el propio deudor ejecutado el que impugna la cláusula de vencimiento anticipado lo que presupone su voluntad activa en contra de la continuación del procedimiento, toda vez que conforme al artículo 695.3, párrafo segundo, de la Ley de Enjuiciamiento Civil, “*de estimarse la causa 4.ª [la relativa a la abusividad de la cláusula], se acordará el sobreseimiento de la ejecución cuando la cláusula contractual fundamente la ejecución*”.

**138.** Ahora bien, si en lugar de hacer una interpretación meramente literalista de la reiterada sentencia del Tribunal de Justicia de 26 de marzo de 2019, se aborda su exégesis desde una perspectiva finalista, se comprenderá que la prohibición de integración del contrato mediante la aplicación de una norma legal que sustituya la cláusula anulada no requiere en rigor de un doble requisito de obligado cumplimiento simultáneo (imposibilidad jurídica de subsistencia del contrato, por un lado, y exposición del consumidor a consecuencias especialmente perjudiciales, por otro), sino sólo este segundo requisito. De forma que existiendo dicha exposición a consecuencias especialmente perjudiciales la “*precondición*” de la imposibilidad jurídica de subsistencia del contrato decae.

**139.** Dicho de otro modo: la finalidad tuitiva de la Directiva respecto del consumidor y la adopción de un estándar elevado de protección del mismo, constituye un principio rector de la interpretación de la propia Directiva, de forma que la evitación al consumidor de consecuencias perjudiciales es el valor y la finalidad *última* que ha de satisfacerse<sup>132</sup>. Y para el logro de tal finalidad la solución legal inducida por la Directiva deberá ser la del mantenimiento del contrato, si tal subsistencia es posible jurídicamente (lo que *dependerá* de la naturaleza de la cláusula anulada, en función de que se trate o

<sup>131</sup> En este sentido, vid. también la sentencia de 26 de enero de 2017, Banco Primus, C421/14, apartado 71.

<sup>132</sup> Junto con la estimulación de la competencia y la evitación de distorsiones en la misma en el ámbito del mercado interior de los Estados miembros, como se refleja igualmente en el preámbulo de la Directiva: “*Considerando que las legislaciones de los Estados miembros relativas a las cláusulas de los contratos celebrados entre, por una parte, el vendedor de bienes o el prestador de servicios y, por otra, el comprador son muy dispares, lo cual da lugar a que los mercados nacionales de venta de bienes y prestación de servicios a los consumidores difieran entre sí y a que puedan producirse distorsiones de la competencia entre los vendedores y los prestadores de servicios, en especial cuando la comercialización se realiza en otros Estados miembros; ... Considerando que los vendedores de bienes y prestadores de servicios se verán así ayudados en sus actividades de venta de bienes y prestación de servicios, tanto dentro de su país como en todo el mercado interior; y que de este modo se verá estimulada la competencia, contribuyendo así a una mayor opción de los ciudadanos de la Comunidad como consumidores*”.

no de un elemento esencial del contrato<sup>133 134</sup>), mantenimiento o conservación del contrato que podrá tener lugar con o sin integración del mismo por aplicación de una norma legal que sustituya la cláusula anulada, en función de cuál de estas opciones resulte menos perjudicial o más favorable al consumidor.

**140.** Desde esta perspectiva, resultaría absurdo que se optase por la nulidad total del contrato, en caso de que la mejor opción para el consumidor fuese la de mantener el contrato e integrarlo con aplicación de la norma legal (supletoria). En el caso concreto de un préstamo personal (no garantizado con hipoteca), la preferencia por la segunda opción es clara (conservación del contrato con integración mediante la aplicación de una norma legal que permita colmar la laguna contractual creada por la nulidad de la cláusula), pues, como destaca la sentencia del Tribunal de Justicia de 26 de marzo de 2019, la *“anulación total del contrato tendría en principio el efecto de hacer inmediatamente exigible el pago del importe del préstamo pendiente de devolución, en una cuantía que puede exceder de la capacidad económica del consumidor; y por esa razón penalizaría a este más que al prestamista, a quien, como consecuencia, no se disuadiría de insertar cláusulas de ese tipo en los contratos que ofrezca”*<sup>135</sup>.

**141.** Pero obsérvese que el mismo razonamiento (en cuanto al objetivo de la evitación de consecuencias especialmente perjudiciales para el consumidor) cabe hacer en la hipótesis de que siendo posible conservar el contrato, por ser viable jurídicamente su subsistencia, resulte más favorable al consumidor dicha conservación con integración del contrato mediante la aplicación de una norma legal (supletoria<sup>136</sup>) que la conservación sin la cláusula nula por abusividad y sin la integración mediante aplicación judicial de una norma legal (supletoria). Aún cuando ciertamente este razonamiento puede resultar chocante por *“contra intuitivo”*, pues en principio, con carácter general, la aplicación de una norma supletoria daría lugar a una suerte de moderación o reducción conservadora de la cláusula abusiva, en contra de la reiterada jurisprudencia del Tribunal de Justicia contraria a dicha moderación judicial o reducción conservadora, como ya se ha indicado (como podría ser el caso de la sustitución de una cláusula de intereses de demora por una norma legal supletoria que los fije en defecto de pacto<sup>137</sup> – en un porcentaje siempre superior a los intereses remuneratorios –), pues si el juez nacional tuviera la facultad de modificar el contenido de las cláusulas abusivas que figuran en tal contrato, dicha facultad *“contribuiría a eliminar el efecto disuasorio que ejerce sobre los profesionales el hecho de que, pura y simplemente, tales cláusulas abusivas no se apliquen frente a los consumidores, en la medida en que los profesionales podrían verse tentados a utilizar tales cláusulas al saber que, aun cuando llegara a declararse la nulidad de las mismas, el contrato podría ser integrado por el juez nacional en lo que fuera necesario, garantizando de este modo el interés de dichos profesionales”*<sup>138</sup>.

## **B) La pérdida de las ventajas procesales del deudor en caso de resolución del contrato de préstamo hipotecario en procedimiento declarativo y posterior ejecución de sentencia firme**

**142.** Pero siendo lo antes expuesto cierto en términos generales, no lo es en términos absolutos. En el caso concreto de la cláusula de vencimiento anticipado en los préstamos hipotecarios, como ha señalado el Tribunal Supremo en sus sentencias de 23 de diciembre de 2015 y 18 de febrero de 2016

<sup>133</sup> Si en virtud de su anulación desaparece o se altera sustancialmente el objeto del contrato o su causa (cfr. art. 1261 Cc) el contrato no podría subsistir. Lo mismo cabe decir, por ejemplo, en el supuesto de una condición establecida con carácter esencial, en consideración a la cual se hubiere prestado el consentimiento.

<sup>134</sup> En el caso de la sentencia de 30 de abril de 2014, Kásler y KáslernéRábai, C26/13, se optó por la subsistencia del contrato, permitiendo al juez nacional subsanar la nulidad de la cláusula abusiva sustituyéndola por una disposición supletoria del Derecho nacional, pues sin dicha cláusula (relativa al tipo de cambio de la divisa en un préstamo denominado en una divisa extranjera pero entregado en la moneda nacional y que ha de ser devuelto por el consumidor exclusivamente en la moneda nacional), el contrato no puede subsistir pues resulta imposible liquidar la deuda sin que pueda determinarse el citado tipo de cambio de la divisa; y en caso de que el contrato de préstamo se anule en su totalidad el consumidor se vería confrontado a devolver la totalidad de la deuda pendiente, sin capacidad económica para cumplir dicha obligación.

<sup>135</sup> Vid. también, en este sentido, la sentencia de 30 de abril de 2014, Kásler y KáslernéRábai, C26/13, apartados 83 y 84.

<sup>136</sup> Ya veremos que, en rigor, el artículo 693.2 LEC no es norma dispositiva, ni de aplicación automática supletoria.

<sup>137</sup> Cfr. art. 1108 del Código civil.

<sup>138</sup> Vid. sentencia de 14 de junio de 2012, Banco Español de Crédito, C618/10.

(y también en el auto de 8 de febrero de 2017 de planteamiento de la cuestión prejudicial C-70/17), el consumidor se puede ver expuesto a consecuencias perjudiciales en caso de sobreseimiento del procedimiento de ejecución hipotecaria, pues su consecuencia sería dejar expedito al acreedor el camino del juicio declarativo para pedir la resolución del contrato por incumplimiento del deudor, con restitución recíproca de las prestaciones, o el cumplimiento forzoso del contrato, con exigencia de todas las cantidades pendientes de pago y sus correspondientes intereses, conforme al artículo 1124 del Código civil. De forma que la sentencia firme dictada en el procedimiento declarativo en que se ejercitase tal acción podría ser objeto de ejecución, en la que se podrán embargar y subastar todos los bienes del deudor, incluyendo su vivienda habitual.

**143.** Procedimiento de ejecución ordinario en el que el deudor pierde diversas ventajas procesales incorporadas a la legislación española desde la reforma introducida por la Ley 1/2013, de 14 de mayo, de medidas para reforzar la protección a los deudores hipotecarios, reestructuración de deuda y alquiler social, ventajas que están previstas exclusivamente para el consumidor en el marco del proceso especial de ejecución hipotecaria, y que el auto del Tribunal Supremo de 8 de febrero de 2017 resume en las siguientes (para el caso de hipoteca sobre vivienda habitual)<sup>139</sup>: *“-El deudor podrá liberar el bien mediante la consignación de la cantidad debida hasta esa fecha. - Liberado un bien por primera vez, podrá liberarse en segunda o ulteriores ocasiones siempre que, al menos, medien tres años entre la fecha de la liberación y la del requerimiento de pago judicial o extrajudicial efectuada por el acreedor. -Se prevé una limitación del cálculo de las costas procesales en función únicamente de las cuotas del préstamo atrasadas, en caso de enervación de la acción ejecutiva hipotecaria. - El precio a efectos de subasta no podrá ser inferior, en ningún caso, al 75 por cien del valor señalado en la tasación”*.

**144.** A la pérdida de estas ventajas procesales<sup>140</sup>, hay que sumar los perjuicios que se derivaría de *“la previsible acumulación de condenas al pago de las costas procesales en la fase declarativa y en la ejecutiva, y un incremento de los intereses de demora procesales por el tiempo de duración del procedimiento. Incluso en el supuesto hipotético de que la entidad acreedora esperase al tiempo completo de amortización pactado y no instase la resolución del contrato, la deuda por intereses de demora del deudor sería extraordinariamente cuantiosa, dados los largos plazos de amortización de estos contratos”* (vid. auto del Tribunal Supremo de 8 de febrero de 2017<sup>141</sup>).

**145.** Este planteamiento parte de la premisa, afirmada por el Tribunal Supremo en su auto de 8 de febrero de 2017, de que en el ordenamiento jurídico español se permite la posibilidad de que *“un acreedor pueda reclamar la totalidad de lo debido, cuando el deudor haya incumplido lo pactado sobre el pago aplazado, en cuyo caso el acreedor puede instar la resolución del contrato, con restitución recíproca de las prestaciones (art. 1124 del Código Civil, ya citado)”*. A su vez, añade el Alto tribunal, en el ámbito de los préstamos y créditos hipotecarios, tal posibilidad está expresamente contemplada en el artículo 693.2 de la Ley de Enjuiciamiento Civil, siempre y cuando se haya pactado expresamente. Dice este último precepto: *“Podrá reclamarse la totalidad de lo adeudado por capital y por intereses si se hubiese convenido el vencimiento total en caso de falta de pago de, al menos, tres plazos mensuales sin cumplir el deudor su obligación de pago o un número de cuotas tal que suponga que el deudor ha incumplido su obligación por un plazo, al menos, equivalente a tres meses, y este convenio constase en la escritura de constitución y en el asiento respectivo”*.

**146.** Pues bien, en este concreto extremo es donde se produce la discrepancia sobre la interpretación sobre nuestro ordenamiento jurídico por parte del Juzgado de Primera Instancia nº1 de Barcelona, que niega la posibilidad de que en un contrato de préstamo pueda el acreedor ejercitar la facultad reso-

<sup>139</sup> Vid. arts. 693 . 3 , 579.22 y 682.23 de la Ley de Enjuiciamiento Civil.

<sup>140</sup> A las que se refiere la sentencia del TJUE de 26 de marzo de 2017 con la expresiva alocución de *“deterioro de la posición procesal”* del deudor/consumidor.

<sup>141</sup> Vid. en el mismo sentido las sentencias del Tribunal Supremo de 23 de diciembre de 2015 y 18 de febrero de 2016.

lutoria del artículo 1124 del Código civil<sup>142</sup>, pues este precepto se refiere a las obligaciones recíprocas, y el préstamo mutuo es un contrato unilateral y real, citando a tal efecto jurisprudencia del propio Tribunal Supremo.

### **C) La viabilidad jurídica del ejercicio de la acción resolutoria ex artículo 1124 del Código civil en el caso de los préstamos hipotecarios. Las objeciones del auto de 30 de marzo de 2017 del Juzgado de Primera Instancia nº1 de Barcelona**

**147.** En concreto, el citado Juzgado en su auto de 30 de marzo de 2017 objeta la jurisprudencia del Tribunal Supremo español, contenida en las sentencias reiteradamente citadas, según la cual un órgano jurisdiccional que conoce del procedimiento especial de ejecución hipotecaria y que aprecie que este procedimiento se basa en una cláusula abusiva que, en particular, permite el vencimiento anticipado del contrato de préstamo en caso de impago de una mensualidad, debe continuar dicho procedimiento en lugar de acordar el sobreseimiento de la ejecución en virtud del artículo 695, apartados 1 y 3, de la Ley de Enjuiciamiento Civil, remplazando para ello tal cláusula por la regla establecida en el artículo 693, apartado 2, de la misma ley, en versión posterior a la firma del contrato de préstamo hipotecario mencionado (introducida por la Ley 1/2013), la cual permite el vencimiento anticipado del préstamo en caso de falta de pago de, al menos, tres plazos mensuales, por considerar el Tribunal Supremo que ello supone una alternativa preferible para el consumidor a la de la resolución del contrato de préstamo hipotecario conforme al artículo 1124 del Código civil, y la posterior ejecución de la sentencia firme que declare tal resolución, alternativa que sería la acogida por el banco acreedor en caso de sobreseimiento del procedimiento especial de ejecución hipotecaria, conforme a lo ya señalado “*supra*”.

#### **a) Ventajas del sobreseimiento del procedimiento de ejecución hipotecaria: el aplazamiento temporal del lanzamiento**

**148.** El Juzgado de Barcelona objeta dicha jurisprudencia cuestionando tanto la concurrencia del doble requisito exigido por el Tribunal de Justicia examinado anteriormente (la imposibilidad de subsistencia del contrato – determinando su anulación total -, y la generación de efectos perjudiciales para el consumidor derivados de tal anulación), como de la viabilidad de la aplicación en estos casos del mecanismo de integración por aplicación de una norma legal supletoria.

**149.** En cuanto al requisito de la anulación del contrato en su totalidad, ya nos hemos referido anteriormente a este extremo. Que no existe un supuesto de nulidad total del contrato resulta igualmente del hecho de que el propio Tribunal Supremo en su auto de 8 de febrero de 2017 de planteamiento de la cuestión prejudicial no se refiere en ningún momento al ejercicio de una acción de nulidad del contrato, sino de resolución del mismo por causa de incumplimiento (con apoyo en el art. 1124 Cc y no en los arts. 1300 a 1303 Cc). Lo que sucede en el presente caso de un préstamo mutuo es que las consecuencias para el consumidor tanto de la nulidad total como de la resolución vienen a ser, en lo esencial, similares en cuanto al efecto sustancial de imponerle la obligación, inmediatamente exigible, del pago del importe del préstamo pendiente de devolución, en una cuantía que puede exceder de la capacidad económica del consumidor, y por esa razón le penalizaría a éste más que al prestamista (según el razonamiento del TJUE en la sentencia de 26 de marzo de 2019<sup>143</sup>). En efecto, según el párrafo segundo del artículo 1124 del Código civil “*El perjudicado [en este caso el acreedor] podrá escoger entre exigir el cumplimiento o la resolución de la obligación, con el resarcimiento de daños y abono de interés en ambos casos*”.

<sup>142</sup> “*La facultad de resolver las obligaciones se entiende implícita en las recíprocas, para el caso de que uno de los obligados no cumpliere lo que le incumbe.*”

*El perjudicado podrá escoger entre exigir el cumplimiento o la resolución de la obligación, con el resarcimiento de daños y abono de intereses en ambos casos. También podrá pedir la resolución, aun después de haber optado por el cumplimiento, cuando éste resultare imposible.*

*El Tribunal decretará la resolución que se reclame, a no haber causas justificadas que le autoricen para señalar plazo”.*

<sup>143</sup> Razonamiento que, a su vez, toma de la sentencia de 30 de abril de 2014, Kásler y Káslerné Rábai, apartados 83 y 84).

**150.** No obstante ello, el Juzgado de Barcelona cuestiona que el procedimiento de ejecución hipotecaria sea más ventajoso que la resolución judicial por dos órdenes de motivos. El primero es de carácter práctico: entiende que exigiendo una previa sentencia declarativa de la resolución y una ejecución ordinaria posterior de esta última *“el consumidor podría, en la práctica, ganar tiempo y evitar momentáneamente que le lancen de su vivienda”*. Ciertamente es ésta una razón de orden práctico de peso que debe ser tomada en consideración. Ahora bien, dicho argumento ha de ponderarse con el conjunto de consecuencias que se derivarán de optar por la citada vía del sobreseimiento, y que cita el Tribunal Supremo en su auto de 8 de febrero de 2017, expuestas *“supra”* (notable incremento de los intereses de demora, incremento de las costas procesales, etc).

**151.** A ello ha de añadirse que el auto del Juzgado de Primera Instancia de Barcelona no tiene en cuenta que la Ley 1/2013, de 14 de mayo, estableció la suspensión inmediata y por un plazo de dos años de los desahucios por ejecución hipotecaria de las familias en situación de riesgo de exclusión. Este plazo de suspensión de dos años fue ampliado a cuatro, en virtud de una modificación introducida en la redacción originaria del artículo 1.1 de la Ley 1/2013 por el artículo 3 de la Ley 25/2015, de 28 de julio, de mecanismo de segunda oportunidad, reducción de la carga financiera y otras medidas de orden social, y nuevamente ampliado por el Real Decreto-ley 5/2017, de 17 de marzo, que da nueva redacción al artículo 1 de la citada Ley 1/2013, conforme a cuya redacción vigente *“Hasta transcurridos siete años desde la entrada en vigor de esta Ley, no procederá el lanzamiento cuando en un proceso judicial o extrajudicial de ejecución hipotecaria se hubiera adjudicado al acreedor, o a persona que actúe por su cuenta, la vivienda habitual de personas que se encuentren en los supuestos de especial vulnerabilidad y en las circunstancias económicas previstas en este artículo”*.

**152.** Durante ese plazo (siete años desde la entrada en vigor de la Ley 1/2013), el ejecutado situado en el umbral de exclusión<sup>144</sup>, conforme al párrafo segundo del mismo precepto, *“podrá solicitar y obtener del acreedor ejecutante de la vivienda adherido al Código de Buenas Prácticas para la reestructuración viable de las deudas con garantía hipotecaria sobre la vivienda habitual, aprobado por el Real Decreto-ley 6/2012, de 9 de marzo, de medidas urgentes de protección de deudores hipotecarios sin recursos, o persona que actúe por su cuenta, el alquiler de la misma en las condiciones establecidas en el apartado 5 del anexo de dicho Código”*.<sup>145</sup>

**153.** Por tanto, este primer argumento de orden práctico alegado en el auto de 30 de marzo de 2017 del Juzgado de Primera Instancia nº1 de Barcelona decae, pues obvia que conforme al régimen legal reseñado, durante el plazo de siete años desde la entrada en vigor de la Ley 1/2013 están suspendidos los lanzamientos o desalojos de vivienda por causa de ejecución hipotecaria en el caso de los deudores en situación de vulnerabilidad, en los términos señalados<sup>146</sup>.

### **b) La jurisprudencia del Tribunal Supremo sobre la aplicación del artículo 1124 del Código civil en los contratos de préstamos**

**154.** El segundo argumento empleado por el auto del Juzgado de Primera Instancia nº1 de Barcelona en contra de los razonamientos del Tribunal Supremo sobre la conveniencia para el consumidor de no sobreseer el procedimiento de ejecución hipotecaria, es que *“un análisis de la jurisprudencia del Tribunal Supremo y de la redacción del artículo 1124 del Código Civil pone de manifiesto, ..., que, en*

<sup>144</sup> Vid. art. 1.2 de la Ley 1/2013, de 14 de mayo.

<sup>145</sup> Téngase en cuenta que la disposición final décima de la reciente Ley 5/2019, de 15 de marzo, modifica el citado Real Decreto-Ley 6/2012, de 9 de marzo, con el fin de convertir el código de buenas prácticas en un mecanismo permanente y obligatorio para todas las entidades adheridas que permita a todos los deudores más vulnerables en situación de impago acceder a las opciones de alivio de la deuda contenidas en el mismo.

<sup>146</sup> Y para el caso de que se trate de deudores que no puedan acogerse al citado régimen legal, pudiendo disponer de otras alternativas residenciales, el aplazamiento del lanzamiento por la vía de la previa obtención de una sentencia declarativa de la resolución del contrato podría resultar muy costosa en los términos señalados por el Tribunal Supremo (elevado coste en términos de notable incremento de los intereses de demora y de costas procesales).



*el caso de préstamos hipotecarios destinados a la adquisición de una vivienda, es relativamente probable que la acción declarativa basada en el artículo 1124 del Código Civil sea desestimada porque este artículo no es aplicable a los contratos de préstamo. Incluso en caso de que se admitiera la aplicación del artículo 1124 del Código Civil a los contratos de préstamo, ... no cabe descartar que no prospere la acción de resolución cuando el órgano jurisdiccional considere justificado conceder un plazo al deudor; tal como permite expresamente este artículo”.*

**155.** Esta tesis (inaplicación del artículo 1124 del Código civil a los contratos de préstamos), sin embargo, no puede sostenerse actualmente pues las dudas que pudieran existir con arreglo a los precedentes de sentencias anteriores, han sido despejadas recientemente por el propio Tribunal Supremo en su reciente sentencia del Pleno de la Sala de lo Civil 432/2018, de 11 de julio, en que se zanján tales dudas, fijando la siguiente doctrina legal favorable a la aplicación del citado precepto a los préstamos mutuos en que se haya pactado el pago de intereses a cargo del prestatario. Así aclara el Alto Tribunal que el *“El artículo 1124 del Código civil refiere la facultad resolutoria como remedio frente al incumplimiento de una de las partes cuando medien entre ellas vínculos recíprocos. Cuando no es así y del contrato solo nace obligación para una de las partes, no hay posibilidad de resolver conforme al art. 1124 CC y el ordenamiento establece las condiciones en que se puede poner fin a la relación. Basta recordar los arts. 1733 y 1736 CC para el mandato, los arts. 1775 y 1776 CC para el depósito o los arts. 1749 y 1750 CC para el comodato. ... En estos contratos que se acaban de mencionar, salvo en el comodato, que es esencialmente gratuito, puede fijarse retribución y, entonces, nos encontramos ante dos obligaciones recíprocas, para las que podrá valorarse si el incumplimiento de una de las partes es esencial de modo que ya no resulte exigible a la otra seguir vinculada./Por lo que se refiere al préstamo (mutuo), que es el contrato que aquí nos interesa, si el prestatario no asume otro compromiso diferente de la devolución de la cosa (señaladamente dinero), no es aplicable el art. 1124 CC. En todo caso, si se produce alguna de las circunstancias previstas en el art. 1129 CC, el prestatario (mutuario) pierde el derecho a utilizar el plazo, de modo que el crédito será ya exigible”.*

**156.** Pero a continuación añade el Tribunal que *“La situación es diferente cuando el prestatario que recibe el dinero asume, junto al de devolverlo, otros compromisos. En estos casos, el que el prestamista haya entregado el dinero con antelación no suprime la realidad de que su prestación no aparece aislada, como una obligación simple, y la razón de su prestación se encuentra en la confianza de que la otra parte cumplirá sus compromisos. Esto es así incluso en los casos de préstamos sin interés en los que el prestatario haya asumido algún compromiso relevante para las partes (como el de dedicar el dinero a cierto destino o devolver fraccionadamente el capital, en ciertos plazos fijados). ... En particular, en el préstamo con interés cabe apreciar la existencia de dos prestaciones recíprocas y, por tanto, es posible admitir la posibilidad de aplicar, si se da un incumplimiento resolutorio, el art. 1124 CC, que abarca las obligaciones realizadas o prometidas. Este precepto no requiere que las dos prestaciones se encuentren sin cumplir cuando se celebra el contrato ni que sean exigibles simultáneamente.*

*.... De este modo, quien asume el compromiso de entregar el dinero lo hace porque la otra parte asume el compromiso de pagar intereses, y quien entregó el dinero y cumplió su obligación puede resolver el contrato conforme al art. 1124 CC si la otra parte no cumple su obligación de pagar intereses.*

*Pero, aun en los casos en los que, en atención a las circunstancias, pudiera entenderse que el contrato no se perfeccionó hasta la entrega, de modo que no hubiera podido el prestatario exigirla, la prestación de entrega del dinero es presupuesto de la de restituirlo y hay reciprocidad entre el aplazamiento de la recuperación por parte del prestamista y el pago de los intereses por el prestatario”.*

Sentado lo anterior, decae el argumento del auto de 30 de marzo de 2017 del Juzgado de Barcelona de no ser aplicable el artículo 1124 del Código civil al préstamo en que se haya fijado la obligación del pago de intereses remuneratorios a cargo del prestatario, como sucede en el caso de los préstamos objeto de los litigios principales que dieron lugar a las cuestiones prejudiciales resueltas por la sentencia del Tribunal de Justicia de 26 de marzo de 2017.

Subsidiariamente afirma el citado auto del Juzgado de Barcelona que, incluso si se admite la aplicación del artículo 1124 del Código civil a los contratos de préstamo, no puede descartarse que *“no prospere la acción resolutoria cuando el órgano jurisdiccional considere justificado conceder un plazo*

*al deudor, tal y como permite expresamente este artículo”.*

Ciertamente el citado precepto señala en su párrafo tercero que “*El Tribunal decretará la resolución que se reclame, a no haber causas justificadas que le autoricen para señalar plazo*”. Ahora bien, esta posibilidad no excluye el hecho de que la regla general prevista en la norma es la de la resolución, y que la vía de excepción indicada exige alegar y probar que concurren las citadas “*causas justificadas*” que autorizan señalar un plazo adicional para el cumplimiento. En todo caso, admitiendo como plausible la interpretación conforme a la cual la resolución requiere que el incumplimiento sea grave en cuanto a la cuantía y duración del incumplimiento (gravedad que en caso de no concurrir podría justificar el señalamiento de un plazo adicional para el cumplimiento), en la actualidad parece difícil objetar que el artículo 24 de la reciente Ley 5/2019, de 19 de marzo, reguladora de los contratos de crédito inmobiliario, y la nueva redacción dada al artículo 693.2 de la Ley de Enjuiciamiento Civil por aquella, no puedan constituir cánones interpretativos válidos a los efectos de orientar la aplicación del artículo 1124 del Código civil en cuanto al número de cuotas o mensualidades impagadas (o porcentajes del capital impagado<sup>147</sup>), de forma que una vez acumulados dichos impagos la posibilidad de conceder nuevo plazo al deudor se reduce sensiblemente.

#### **D) La integración del contrato de préstamo por medio de la aplicación del artículo 693.2 de la Ley de Enjuiciamiento Civil**

**157.** Como se ha dicho, el auto de remisión de la cuestión prejudicial C-179/17 del Juzgado de Primera Instancia nº 1 de Barcelona cuestiona también la posibilidad de aplicar el mecanismo subsanatorio de la nulidad de la cláusula de vencimiento anticipado por medio de la aplicación supletoria del artículo 693.2 de la Ley procesal civil, cuestionamiento que basa en el siguiente razonamiento: “*suponiendo que pueda recurrirse en abstracto a la aplicación supletoria del artículo 693, apartado 2, de la LEC, en su versión vigente con posterioridad a la firma del contrato de préstamo hipotecario, la existencia de un convenio entre las partes es un requisito fundamental impuesto por esta disposición para su aplicación. Estima que, en el asunto del que conoce, ciertamente existía tal convenio al tiempo de la firma del contrato de préstamo hipotecario, pero precisamente dicho convenio ha sido declarado abusivo y nulo*”.

**158.** No le falta parte de razón al citado órgano judicial remitente en cuanto a este planteamiento, aun cuando pueda parecer paradójico el argumento. Si conforme a reiterada jurisprudencia del Tribunal de Justicia, en las condiciones que ya hemos analizado, cabe “*subsanan la nulidad de esa cláusula sustituyéndola por una disposición supletoria del Derecho nacional*” (cfr. sentencia TJUE de 30 de abril de 2014, as. Kásler<sup>148</sup>), puede parecer contradictorio afirmar, como hace el auto del Juzgado de Barcelona, que no quepa la aplicación de la norma supletoria por la nulidad del convenio, pues es precisamente la nulidad por abusividad de la estipulación (en este caso la de vencimiento anticipado) la que permite acudir a la norma supletoria. Lo que sucede es que no hay en rigor contradicción pues, como ya se ha señalado más arriba, el artículo 693.2 de la Ley de Enjuiciamiento Civil no es una norma dispositiva, y por tanto de aplicación supletoria, sino autorizatoria (inspiradora del pacto, en la terminología del TJUE<sup>149</sup>).

**159.** Este tema fue certeramente advertido por el Abogado General M. Szpunar en sus conclusiones del 13 de septiembre de 2018 al señalar que “*En lo que atañe a la aplicación del artículo 693, apartado 2, de la LEC, del auto de remisión del Tribunal Supremo no se desprende que esa disposición*

<sup>147</sup> Estos porcentajes y cuotas son los siguientes: “*i. Al tres por ciento de la cuantía del capital concedido, si la mora se produjera dentro de la primera mitad de la duración del préstamo. Se considerará cumplido este requisito cuando las cuotas vencidas y no satisfechas equivalgan al impago de doce plazos mensuales o un número de cuotas tal que suponga que el deudor ha incumplido su obligación por un plazo al menos equivalente a doce meses.*

*ii. Al siete por ciento de la cuantía del capital concedido, si la mora se produjera dentro de la segunda mitad de la duración del préstamo. Se considerará cumplido este requisito cuando las cuotas vencidas y no satisfechas equivalgan al impago de quince plazos mensuales o un número de cuotas tal que suponga que el deudor ha incumplido su obligación por un plazo al menos equivalente a quince meses”.*

<sup>148</sup> Apartado 85.

<sup>149</sup> Cfr. Sentencia de 26 de marzo de 2019 (asuntos Abanca y Bankia) que se refiere reiteradamente al pacto de vencimiento anticipado como un pacto “inspirado” en el art. 693.2 LEC.

*revista carácter supletorio. En efecto, la simple lectura de dicha disposición permite constatar que para su aplicación se requiere un pacto expreso entre las partes y, en consecuencia, la citada disposición no puede aplicarse sin dicho pacto. En cambio, el Tribunal Supremo alude a la posibilidad de aplicar esa disposición «supletoriamente» sin pronunciarse sobre su carácter supletorio»<sup>150</sup>. Como señalamos más arriba, a diferencia de las normas imperativas que no admiten el “*pactum contra legem*”, y se aplican en todo caso; en el caso de las dispositivas sí se admiten dichos pactos (en tanto no atenten contra otras normas imperativas, la moral ni el orden público), y sólo en caso de que no exista pacto se aplican supletoriamente.*

**160.** En el caso de las normas autorizatorias tampoco se admite el “*pactum contra legem*”, pero sí el “*pactum secundum legem*”, pues es la ley la que define directamente tanto la tipología del supuesto de hecho como la consecuencia jurídica, delegando en la autonomía de la voluntad de las partes la decisión sobre si se aplica o no a un contrato o negocio jurídico concreto dicho pacto (con sujeción a la definición del supuesto de hecho y a la consecuencia jurídica determinada por la norma). Pero sin el pacto no se aplica subsidiariamente la norma autorizatoria, que no es de aplicación supletoria por no ser en rigor dispositiva.

**161.** La paradoja real surge, al trasladar el mecanismo de la subsanación de una cláusula previamente declarada abusiva por medio de la aplicación supletoria de una norma autorizatoria, al observar que la aplicación de la norma podría dar como resultado exactamente el mismo que el resultante de la aplicación de la cláusula supuestamente abusiva, pues el contenido material de la norma autorizatoria, si el pacto se atuvo a su contenido (como ocurre en el caso de los litigios principales), es el mismo. Lo que sucede en los casos a que se refieren estos litigios principales es que el contenido material de la citada norma autorizatoria (art. 693.2 LEC) ha cambiado por obra del legislador (*ex* Ley 1/2013, de 14 de mayo, mejorando parcialmente la posición del deudor al exigir como elemento del pacto tipificado que se autoriza que se hayan impagado al menos tres cuotas mensuales), que precipitadamente modificó la redacción de aquel precepto como si la sentencia del Tribunal de Justicia de 14 de marzo de 2013 no se refiriese a una cláusula contractual sino a un precepto legal, lo que no era el caso. A diferencia de otros contenidos de la citada sentencia (por ejemplo el relativo a las referencias que en materia de medidas cautelares hace al art. 131 LH), en lo tocante al tema del vencimiento anticipado lo cuestionado no era la citada norma de la ley procesal sino la cláusula contractual. Y por este hecho particular (reforma legal sobrevenida que mejora parcialmente la posición del deudor), en el presente caso la sustitución de la cláusula por la norma autorizatoria, aplicada supletoriamente de forma contradictoria con su propia naturaleza (no dispositiva), no es el mismo.

**162.** En todo caso, a pesar de las indudables dificultades dogmáticas señaladas, el Tribunal de Justicia de la UE en su comentada sentencia de 26 de marzo de 2019 avala la posibilidad de extender el mecanismo de subsanación de las cláusulas nulas por abusivas mediante la aplicación de normas legales (aprobadas con posterioridad a la fecha de celebración del contrato), si bien evitando referirse a ellas como normas dispositivas o supletorias. Se trata de una interpretación teleológica que atiende al objetivo final que no es otro que la evitación al consumidor de efectos perjudiciales por la aplicación de una medida que tiene precisamente una finalidad tuitiva y de protección del consumidor.

## 10. ¿Cuál es la solución final?

**163.** A la vista de todo ello, cabe plantearse cual haya de ser la solución final aplicable en supuestos como los analizados en los litigios principales a que se refieren las cuestiones prejudiciales C-70/17 y C-179/17 teniendo en cuenta que: 1º no cabe afirmar que la nulidad de las cláusulas de vencimiento anticipado examinadas provoque necesariamente la nulidad total de los préstamos hipotecarios (si bien esto no excluye necesariamente que no pueda entenderse que “*la finalidad y la naturaleza*

<sup>150</sup> Apartado 121.

*jurídica del contrato*” queda alterada por la supresión de la cláusula de vencimiento anticipado en contratos de préstamo hipotecario a largo plazo)<sup>151</sup>; 2º el mantenimiento del contrato sin la cláusula de vencimiento anticipado y sin integración del contrato por medio de la aplicación del artículo 693.2 de la Ley de Enjuiciamiento Civil, puede generar al consumidor mayores perjuicios que la conservación del contrato integrado por la citada disposición (lo que puede depender de las particulares circunstancias de cada caso concreto<sup>152 153</sup>).

**164.** La respuesta literal del Tribunal de Justicia en la parte dispositiva de su sentencia de 26 de marzo de 2019 es que los artículos 6 y 7 de la Directiva “*no se oponen a que el juez nacional ponga remedio a la nulidad de tal cláusula abusiva sustituyéndola por la nueva redacción de la disposición legal que inspiró dicha cláusula, aplicable en caso de convenio entre las partes del contrato, siempre que el contrato de préstamo hipotecario en cuestión no pueda subsistir en caso de supresión de la citada cláusula abusiva y la anulación del contrato en su conjunto exponga al consumidor a consecuencias especialmente perjudiciales*”. Ahora bien, como la única hipótesis que contempla (que el contrato de préstamo hipotecario no pueda subsistir en caso de supresión de la cláusula abusiva) no parece plausible en el presente caso con arreglo al Derecho español (a reserva de lo que luego se dirá), habría que acudir, más allá de la parte dispositiva de la sentencia, a sus fundamentos jurídicos, en concreto a su apartado 63, en el que para la hipótesis de que los órganos jurisdiccionales remitentes lleguen a la conclusión de que los contratos de préstamo hipotecario en cuestión pueden subsistir sin las cláusulas abusivas controvertidas, “*deberían abstenerse de aplicar dichas cláusulas, salvo que el consumidor se oponga a ello, en particular en el caso de que este considere que una ejecución hipotecaria seguida al amparo de tal cláusula le sería más favorable que el cauce del procedimiento de ejecución ordinaria*”<sup>154</sup>.

**165.** Por tanto, de una lectura literal de la sentencia del Tribunal de Justicia resultaría, al menos en una primera apariencia, que la misma nuevamente aboca a una modificación en la regulación de la tramitación de los procedimientos de ejecución hipotecaria en España, de forma que una vez constatada por el órgano judicial ante el que se siga el procedimiento de ejecución el carácter abusivo de una cláusula de vencimiento anticipado, tratándose de un supuesto excluido del ámbito de aplicación material y temporal de la nueva Ley 5/2019, de 19 de marzo, reguladora de los contratos de créditos inmobiliarios (vid. art. 2 y disposición transitoria primera, apartado 4), dicho órgano judicial antes de decidir sobre el sobreseimiento o continuidad del procedimiento de ejecución habría de abrir un trámite de audiencia para recabar el criterio del deudor ejecutado sobre tal extremo. Incumbirá al deudor y al letrado que tenga asumida su defensa y asesoramiento ponderar el conjunto de las circunstancias del caso para valorar cual de las alternativas posibles (continuidad del procedimiento de ejecución por la vía del procedimiento hipotecario especial, o sobreseimiento con las consecuencias ya examinadas) resulta más favorable o menos perjudicial para el consumidor.

**166.** Así parece apuntarlo también el prof. GUILARTE ZAPATERO<sup>155</sup>, al plantear la necesidad de completar el régimen transitorio de la Ley 5/2019, de 19 de marzo, sobre contratos de crédito inmobiliario, contemplando la situación de las ejecuciones en curso y suspendidas a la fecha de su entrada en

<sup>151</sup> En el sentido expresado por el TJUE en la sentencia de 15 de marzo de 2012 (C-453/10).

<sup>152</sup> Un ejercicio analítico de distintos casos particulares, con ejemplos concretos, realiza el Abogado general M. Szpunar, en sus conclusiones de 13 de septiembre de 2018, si bien éste análisis es parcial pues sólo examina una de las varias características del procedimiento especial de ejecución hipotecaria identificadas en el auto del Tribunal Supremo de 8 de febrero de 2017.

<sup>153</sup> Si bien la posibilidad de que sobreseído el procedimiento de ejecución hipotecaria por la cantidad liquidada resultante de la aplicación de la cláusula de vencimiento anticipada, seguida de una nueva demanda ejecutiva por la misma vía y limitada a las cuotas impagadas correspondiente a los plazos efectivamente vencidos puede resultar con carácter general, como ya se ha señalado, perjudicial para los consumidores en la mayoría de los casos.

<sup>154</sup> “*Ese contrato debe subsistir, en principio, sin otra modificación que la resultante de la supresión de las cláusulas abusivas, en la medida en que, en virtud de las normas del Derecho interno, tal persistencia del contrato sea jurídicamente posible (véase, en este sentido, la sentencia de 26 de enero de 2017, Banco Primus, C421/14, apartado 71)*”.

<sup>155</sup> Vid. comentario en la entrada <https://almacenederecho.org/la-sentencia-de-la-gran-sala-del-tribunal-de-justicia-sobre-clausulas-de-vencimiento-anticipado-abusivas/>.

vigor, “a cuyos efectos pudiera ser oportuno dar un trámite alegatorio a las partes a la vista de lo cual el Tribunal pueda decidir el sobreseimiento de la ejecución hipotecaria por no adecuarse a la nueva regulación del vencimiento anticipado, caso de que así fuera. Y ello, sin perjuicio de su ulterior planteamiento conforme a las nuevas pautas legales...”.

Sin embargo, como hemos visto por extenso más arriba, no es ésta la única lectura posible de la sentencia. De forma que bien podría ocurrir que nuestro Tribunal Supremo<sup>156</sup> entendiera que la sentencia del TJUE de 26 de marzo de 2019 sienta la doctrina de que el contrato de préstamo hipotecario, aún pudiendo subsistir conforme a nuestro Derecho interno, sin embargo, con arreglo a las pautas de la reformulada doctrina “Kásler-Abanca”<sup>157</sup>, queda alterado en cuanto a su “finalidad y naturaleza jurídica”, de forma y en grado tal que, conforme a un enfoque objetivo, pueda suponerse que las partes, con arreglo a su voluntad común, real o hipotética, no habrían firmado el contrato sin la cláusula de vencimiento anticipado; o bien que dada la supresión de dicha cláusula el contenido residual del contrato, ajeno al vicio de abusividad, no refleje un equilibrio real de la posición contractual de las partes, generando un desequilibrio en términos tales que hagan excesivamente oneroso el contrato para el predisponente (y/o para el consumidor por el deterioro de su posición procesal), tema éste sobre el que pende ante el Tribunal de Justicia la contestación a otra cuestión prejudicial, en concreto la planteada por un Juzgado del 1ª Instancia de Fuenlabrada, mediante de auto de 8 de febrero de 2016<sup>158</sup>, a cuya resolución, por tanto, acaso sea prudente esperar<sup>159</sup> antes de dar una respuesta definitiva al interrogante enunciado en el presente epígrafe.

## 11. Reflexión final

**167.** Ante este complejo panorama parece aconsejable pararse a reflexionar sobre el tema de fondo (la situación del mercado del crédito hipotecario residencial y el derecho de acceso a una vivienda) desde una perspectiva más general. No debe olvidarse que desde que se aprobó la Ley del Mercado Hipotecario en 1981, la cual fue uno de los muchos frutos de los famosos Pactos de la Moncloa de 1977 al inicio de la transición política española, el enorme desarrollo del mercado hipotecario en España ha facilitado el acceso a la vivienda en propiedad a casi un 80% de las familias españolas, lo que es sin duda un efecto enormemente positivo. Y que como dice la propia Comisión europea en el Libro Blanco de integración de los mercados hipotecarios en Europa de 2007, los Estados miembros deben vigilar que sus procedimientos de ejecución sean ágiles y eficaces para garantizar el recobro de la deuda, pues lo contrario encarece la refinanciación de las entidades de crédito, encarecimiento que se repercute en la factura hipotecaria que pagan los deudores.

**168.** Hay que recordar que en España entre 2010 y 2018 el total del saldo vivo del crédito hipotecario se ha reducido en torno a un 20% descendiendo de unos 600.000 millones de euros a menos de 500.000 actuales<sup>160</sup> (y ello a pesar de los incrementos interanuales que desde hace ya varios años se viene

<sup>156</sup> La falta de un recurso de casación expreso ante el Tribunal Supremo, derivado de una ejecución hipotecaria, ha producido una “atomización” de criterios entre distintos Juzgados y Audiencias, lo que ha incrementado el grado de inseguridad jurídica y falta de criterios uniformes en tal materia. Por ello algunas voces reclaman una reforma de la LEC con objeto de facilitar una homogeneización de la interpretación de las ejecuciones hipotecarias en España, lo que evitaría la actual situación de “fragmentación de interpretaciones” (vid. Dionisio Moreno Trigo – Verónica del Carpio Fiestas en “La sentencia del Tribunal de Justicia de la Unión Europea de 26 de marzo de 2019 sobre vencimiento anticipado en préstamos con garantía hipotecaria y el archivo de la ejecución hipotecaria”; <https://veronicadelcarpio.com/2019/03/31/stjue-26-3-2019/>).

<sup>157</sup> En la denominación del prof. Pantaleón.

<sup>158</sup> En concreto la petición de decisión prejudicial se formula en el citado auto de 8 de febrero de 2016 en los siguientes términos: “1) ¿Debe interpretarse el artículo 6, apartado 1, de la Directiva 93/13 en el sentido de que un contrato no puede subsistir sin la cláusula abusiva cuando el contrato remanente fuera irrazonablemente oneroso para el profesional?. 2) Para el caso de imposibilidad de subsistencia de un contrato irrazonablemente oneroso para el profesional, ¿estaría facultado el juez nacional para salvar el contrato, en protección del consumidor, bien aplicando una disposición de Derecho supletorio o bien habría de integrar el contrato con una regla mínimamente tolerable para el profesional?”.

<sup>159</sup> Igualmente quedan pendientes de resolver las cuestiones prejudiciales C-167/16 -Jdo. 1ª Inst. n.º 2 de Santander- y C-486/16 – Jdo. 1ª Instancia 6 de Alicante.

<sup>160</sup> Según datos de la Asociación Hipotecaria Española al cierre del ejercicio 2018 esta cifra había descendido a 478.946 millones de euros.

experimentado en la nueva contratación, que no obstante no compensa los saldos amortizados). En el mismo periodo ha aumentado notablemente el diferencial que se añade a los índices de referencia en los tipos que se contratan a interés variable, estando en la actualidad de promedio próximo al 2%, lo que supone un incremento superior al 200% desde los años previos a la crisis (por mucho que en la actualidad no haya una percepción social de carestía de las hipotecas, que se debe al hecho extraordinario de que el Euribor, principal índice de referencia, está en tasas negativas (-0,11%<sup>161</sup>) por la política monetaria expansiva del Banco Central Europeo.

**169.** La regulación hipotecaria debe garantizar al tiempo la defensa de los consumidores frente a las cláusulas abusivas y el derecho del acreedor al cobro de lo debido. En definitiva se debe lograr un sistema equilibrado en el que no exista indefensión por parte del consumidor, ni tampoco una regulación que garantice el derecho de defensa de éste a costa de hacer insegura la garantía hipotecaria. Como afirma el Abogado general Nils Wahl en sus recientes conclusiones de 21 de marzo de 2018 (asunto *Bankia vs Marí Merino y otros*) *“toda la legislación de la Unión se caracteriza por la tensión existente entre los estímulos proporcionados a los consumidores, por un lado, y a los empresarios, por otro ... Mientras que un elevado nivel de protección alienta a los consumidores, demasiada “burocracia” más bien disuade a las empresas”*.

**170.** Y en la búsqueda de este difícil equilibrio es esencial que la jurisprudencia comunitaria y nacional pondere las consecuencias de sus decisiones y analice en profundidad la armonía del conjunto de intereses en juego. Evidentemente no es lo mismo anular una cláusula de sumisión a fuero en un contrato de compraventa a plazos de una enciclopedia (asunto del Grupo editorial Salvat, primera cuestión prejudicial española sobre la Directiva de 1993), que estimar nulas todas las cláusulas de vencimiento anticipado incorporadas en los contratos de préstamos hipotecarios (aún ajustadas a los términos de la ley vigente en el momento en que se contrataron). Si el objetivo final es la defensa y protección de los derechos e intereses de los consumidores, y la mayor uniformidad jurídica en el mercado interior como requisito para una más eficaz competencia entre los oferentes y empresarios (así resulta del preámbulo de la Directiva 93/13) es preciso no perder de vista la correlación que describe el Tribunal Supremo en su auto de 8 de febrero de 2017 entre la eficacia de la garantía hipotecaria y el menor precio que para el consumidor tiene la financiación hipotecaria (préstamos garantizados con hipoteca) respecto a los préstamos personales, hasta el punto de que, según los datos estadísticos del Banco de España citados en dicho auto, el tipo de interés medio aplicado a las operaciones de crédito al consumo en diciembre de 2015 fue del 9,1%, frente al 1,7% de las operaciones hipotecarias. Es decir, la garantía hipotecaria reduce hasta cinco veces el coste de la financiación del consumidor. Y ello simultáneamente a la ampliación de los plazos de amortización que se prolongan en los préstamos hipotecarios en relación con los personales en una proporción similar. Preservar estas ventajas para el consumidor, y al mismo tiempo preservar también un régimen de protección eficaz frente a las cláusulas abusivas es el reto. Si se consigue lo segundo sacrificando el primer objetivo probablemente el resultado final sería contraproducente.

**171.** Todo esto es extraordinariamente importante. Se dice, con razón, que una sociedad avanzada debe generar recursos con criterios de eficiencia y repartirlos con criterios de justicia. Pues bien, esto es precisamente lo que hace el crédito hipotecario que constituye un importante instrumento jurídico-financiero para distribuir intrageneracionalmente los recursos al permitir al deudor disponer anticipadamente de sus rentas futuras, a cargo de anticipos de rentas excedentes procedentes de depositantes o inversores en títulos hipotecarios, a cambio de la correspondiente remuneración en forma de intereses. Conseguir que esto siga siendo así, con un mercado fuerte y transparente, y con un régimen de protección al consumidor y de competencia entre los operadores del mercado igualmente fuerte es el objetivo que no debe nunca perderse de vista evitando posiciones e interpretaciones que puedan terminar teniendo resultados contrarios a los pretendidos.

---

<sup>161</sup> Dato de abril de 2019.

# GESTACIÓN POR SUSTITUCIÓN EN ESPAÑA: *A HARD CASE NEEDS LAW*. DE POR QUÉ LA JURISPRUDENCIA NO PUEDE RESOLVER ESTE PROBLEMA

## SURROGACY IN SPAIN: A HARD CASE NEEDS LAW. WHY JURISPRUDENCE CAN NOT SOLVE THIS PROBLEM

ANTONIA DURÁN AYAGO

*Profesora Titular de Derecho Internacional Privado  
Universidad de Salamanca*

ORCID ID: 0000-0003-3112-0112

Recibido: 01.07.2019 / Aceptado: 17.07.2019

DOI: <https://doi.org/10.20318/cdt.2019.4977>

**Resumen:** El presente trabajo constituye un balance de los diez años que han transcurrido desde la Resolución de la Dirección General de los Registros y del Notariado de 18 de febrero de 2009 que por primera vez autorizó la inscripción en el Registro Civil de los hijos de un matrimonio de varones españoles que habían nacido en Estados Unidos a través de gestación por sustitución. Aunque esta Resolución fue anulada, los hechos que se han ido sucediendo, con pronunciamientos judiciales en cierto modo encontrados, demandan una actuación del legislador para clarificar la situación y garantizar la seguridad jurídica de todos los implicados en un proceso de gestación por sustitución, particularmente de los niños nacidos a través de esta técnica.

**Palabras clave:** gestación por sustitución, filiación intencional, reconocimiento de decisiones extranjeras, interés superior del menor

**Abstract:** This paper is a balance of the ten years since the Resolution of the General Directorate of Registries and Notaries of February 18, 2009 which for the first time authorized the registration in the Civil Registry of the children of a marriage of Spanish males who were born in the United States through surrogacy. Although this resolution was annulled, the facts that have been happening, with judicial different pronouncements in a certain way, require action by the legislator to clarify the situation and ensure the legal certainty of all those involved in a process of surrogacy, particularly of children born through this technique.

**Keywords:** surrogacy, intentional filiation, recognition of foreign decisions, best interest of the child

**Sumario:** I. Perspectiva situacional II. El papel forzado de la Dirección General de los Registros y del Notariado: Instrucciones de 5 de octubre de 2010, de 14 de febrero de 2019 y de 18 de febrero de 2019 III. Necesarias soluciones legislativas IV. A modo de conclusión.

### I. Perspectiva situacional

1. Cuando acaban de cumplirse diez años de la Resolución de la Dirección General de los Registros y del Notariado (en adelante, DGRN) de 18 de febrero de 2009<sup>1</sup> que, por primera vez en España,

<sup>1</sup> Disponible en <http://www.legaltoday.com/informacion-juridica/jurisprudencia/civil/resolucion-de-la-direccion-general-de-los-registros-y-del-notariado-de-18-febrero-2009>, consultado el 24 de junio de 2019. También en *Westlaw* RJ 2009\1735.

reconoció la posibilidad de que pudiera acceder al Registro Civil español la filiación de dos menores, hijos de un matrimonio de varones españoles, que habían nacido a través de gestación por sustitución en California, se constata un inmovilismo del legislador español sorprendente. Ha sido la jurisprudencia la que ha tenido que ir dando forzosamente respuesta ante esta impasibilidad.

2. La citada Resolución fue anulada por las tres instancias judiciales por las que logró pasar (fue inadmitida por defecto de forma en el Tribunal Constitucional y en el Tribunal Europeo de Derechos Humanos, en adelante TEDH)<sup>2</sup>. En todos los pronunciamientos judiciales se destaca que la gestación por sustitución es una práctica que en nuestro ordenamiento jurídico no está admitida y como tal tampoco pueden ser reconocidos sus efectos, como dispone el artículo 10.1 Ley 14/2006, de 26 de mayo, sobre técnicas de reproducción humana asistida (en adelante, Ley 14/2016)<sup>3</sup> en relación con el artículo 23 de la todavía vigente Ley del Registro Civil de 1957<sup>4</sup>. Del mismo modo, unánimemente se destaca que es preciso y posible determinar “correctamente” la filiación de estos menores a través de los medios admitidos en el ordenamiento jurídico español, impugnando la paternidad biológica a través del artículo 10.3 LTRHA y de la correspondiente adopción por el otro miembro de la pareja. Incluso en la sentencia del Tribunal Supremo se insta al Ministerio Fiscal a adoptar las medidas precisas para que la filiación de los menores quede “debidamente” acreditada.

3. Pero en el camino fueron surgiendo elementos interesantes que ponían de manifiesto la complejidad de un tema que claramente no se va a resolver por la vía de los tribunales.

La Instrucción de la Dirección General de los Registros y del Notariado de 5 de octubre de 2010, sobre régimen registral de la filiación de los nacidos mediante gestación por sustitución<sup>5</sup>, inauguraba un camino que no se trasladó, de forma incomprensible, a la Ley 20/2011, de 21 de julio, del Registro Civil<sup>6</sup>. Al tiempo, el TEDH comenzó a dictar sentencias, la mayoría de ellas contra Francia (*Mennesson*<sup>7</sup>, *Labasee*<sup>8</sup>, *Foulon*<sup>9</sup>, *Laborie*<sup>10</sup>...), en las que ha considerado que, si ha habido aportación genética por parte de al menos uno de los comitentes, es preciso garantizar que la filiación pueda acreditarse a su favor, y así garantizar el derecho que tiene el niño a su identidad filial, conforme al artículo 8 del Convenio Europeo de Derechos humanos (en adelante, CEDH). Posición ésta del máximo interés que, en puridad, haría salvable a nuestra legislación, por el conocido artículo 10.3 Ley 14/2016.

4. En este contexto, es de destacar que Francia ha sido el primer Estado que ha instado la aplicación del Protocolo nº 16 al Convenio Europeo de Derechos Humanos<sup>11</sup>, mediante la presentación de una solicitud de opinión consultiva presentada por la Corte de casación francesa el 16 de octubre de 2018, a través de una decisión adoptada el 5 de octubre de 2018 en el marco del asunto *Mennesson*<sup>12</sup>. En concreto, la Corte de casación francesa ha formulado al TEDH dos cuestiones, de enorme interés también para España<sup>13</sup>. De un lado, ha preguntado si excede el margen de apreciación que tienen los Estados parte

<sup>2</sup> Se anula en primera instancia por la sentencia de 15 septiembre 2010 Juzgado de Primera Instancia de Valencia, núm. 15 (ECLI: ES:JPI:2010:25); sentencia que fue confirmada por la Audiencia Provincial de Valencia, el 23 de noviembre de 2011 (ECLI: ES:APV:2011:5738) y posteriormente por la sentencia del Tribunal Supremo de 6 de febrero de 2014 (ECLI: ES:TS:2014:247).

<sup>3</sup> BOE núm. 126, de 27 de mayo de 2006.

<sup>4</sup> BOE núm. 151, de 10 de junio de 1957.

<sup>5</sup> BOE núm. 243, de 7 de octubre de 2010.

<sup>6</sup> BOE núm. 175, de 22 de julio de 2011.

<sup>7</sup> Accesible en <http://hudoc.echr.coe.int/sites/eng/pages/search.aspx?i=001-145179>, consultado el 24 de junio de 2019.

<sup>8</sup> Accesible en <http://hudoc.echr.coe.int/sites/eng/pages/search.aspx?i=001-145180>, consultado el 24 de junio de 2019.

<sup>9</sup> Accesible en [https://hudoc.echr.coe.int/eng#{"itemid":\["001-164968"\]}](https://hudoc.echr.coe.int/eng#{), consultado el 24 de junio de 2019.

<sup>10</sup> Accesible en [https://hudoc.echr.coe.int/eng#{"itemid":\["001-170369"\]}](https://hudoc.echr.coe.int/eng#{), consultado el 24 de junio de 2019.

<sup>11</sup> Accesible en <https://rm.coe.int/CoERMPublicCommonSearchServices/DisplayDCTMContent?documentId=0900001680084832>, consultado el 27 de febrero de 2019.

<sup>12</sup> Vid. A. DURÁN AYAGO, “Protocolo nº 16 al Convenio Europeo de Derechos Humanos y gestación por sustitución: primera consulta planteada por la Corte de Casación francesa y primera respuesta para seguir sin desbrozar del todo el camino”, *Revista General de Derecho Europeo*, núm. 48, 2019, pp. 132-149.

<sup>13</sup> Accesible en <https://www.legifrance.gouv.fr/affichJuriJudi.do?oldAction=rechJuriJudi&idTexte=JURITEXT000037495428&fastReqId=1352145603&fastPos=1>, consultado el 27 de febrero de 2019.



del CEDH si las autoridades francesas se niegan a transcribir en el certificado de nacimiento del niño la filiación de la madre de intención como madre legal, teniendo en cuenta que ya ha sido admitida la transcripción del padre de intención, siempre que sea padre biológico del menor, preguntándose si para que sea posible la transcripción del acta de nacimiento en que conste como madre legal la comitente es preciso que haya aportado sus gametos. En la segunda pregunta, y para el caso de respuesta afirmativa a cualquiera de las dos previas cuestiones, se inquiere al TEDH si la posibilidad para la madre de intención de adoptar al hijo de su cónyuge, padre biológico del niño, que constituye un medio para establecer la filiación, cumple con las exigencias establecidas en el artículo 8 CEDH.

5. La respuesta no se ha hecho esperar demasiado, pues la Gran Sala del TEDH ha resuelto por unanimidad el 10 de abril de 2019 (Demande nº P16-2018-001) que el derecho al respeto de la vida privada de un nacido en el extranjero exige que la ley nacional (*sic*) ofrezca la posibilidad de reconocer la relación de filiación entre este niño y la madre de intención, designada en el certificado de nacimiento en el extranjero como la "madre legal". Pero no exige que este reconocimiento se realice mediante la transcripción en el Registro Civil del certificado de nacimiento legalmente establecido en el extranjero. Puede hacerse por otros medios, como la adopción del niño por la madre de intención, siempre que los procedimientos previstos por la ley nacional garanticen eficacia y rapidez, de conformidad con el interés del niño<sup>14</sup>.

6. En realidad, que estas preguntas terminaran por aflorar era cuestión de tiempo<sup>15</sup>, y se ha encontrado en este Protocolo la vía adecuada para formularlas, anticipándose a nuevas posibles futuras condenas. Sin embargo, el TEDH ha rehusado responder directamente a la primera pregunta, puesto que, según ha especificado, se ha limitado a responder lo que tenía relación directamente con los hechos del caso *Mennesson*. Desde mi punto de vista, de alguna manera se le estaba pidiendo al TEDH que se pronunciara sobre un cambio de legislación, que no otra cosa implicaría si la determinación de la filiación materna pudiera llevarse a cabo no ya por el parto, sino por el aporte biológico que pueda haber realizado la madre de intención. En este contexto, hay que recordar que el artículo 311-14 del Código Civil francés determina que “[l]a filiación se rige por la ley personal de la madre en el momento del nacimiento del hijo; si la madre no fuera conocida, por la ley personal del hijo”. En los casos en que la madre comitente sea de nacionalidad francesa, el problema afloraría con toda intensidad.

7. En este sentido, y relacionándolo con la falta de una solución legislativa clara también en España, es menester recordar la situación de las familias españolas que se han desplazado a Ucrania para tener allí a sus hijos a través de gestación por sustitución. La actuación del actual Gobierno español, con continuos bandazos y cambios de criterio entre el Ministerio de Justicia y el de Asuntos Exteriores, ha dejado mucho que desear<sup>16</sup>. Las diferencias de criterio se han manifestado con toda intensidad en la propia DGRN, pues la interesante Instrucción DGRN de 14 de febrero, sobre actualización del régimen registral de la filiación de los nacidos mediante gestación por sustitución<sup>17</sup>, que no llegó a ser publicada en el *BOE*, fue derogada cuatro días después por la incatalogable Instrucción DGRN de 18 de febrero de 2019, del mismo título, ésta sí publicada en el *BOE* el 21 de febrero de 2019 que, realmente no aporta nada nuevo a la Instrucción de 2010, más que realizar un alegato en contra de la gestación por sustitución, afirmando que “*constituye un fenómeno en el que se produce una grave vulneración de los derechos de los menores y de las madres gestantes*”. En la Instrucción de 14 de febrero, en cambio, había matices muy interesantes a los que más adelante aludiremos con más detalle, pero quizás el más relevante, relacionándolo con la situación francesa, es que en la directriz tercera, sostiene que en los casos en

<sup>14</sup> Accesible en [https://hudoc.echr.coe.int/eng#{"itemid":\["003-6380431-8364345"\]}](https://hudoc.echr.coe.int/eng#{), consultado el 10 de abril de 2019.

<sup>15</sup> Vid. A. DURÁN AYAGO, “Nota a las Sentencias del Tribunal Europeo de Derechos Humanos, caso *Mennesson c. France* (n.º 65192/11) y caso *Labassee c. France* (n.º 65941/11), de 26 de junio de 2014”, *Ars Iuris Salmanticensis*, vol. 2, diciembre 2014, pp. 281-282, accesible en <http://revistas.usal.es/index.php/ais/article/view/12785/13156>, consultado el 28 de febrero de 2019.

<sup>16</sup> Vid. P. JIMÉNEZ BLANCO, “La ‘crisis’ de la gestación por sustitución en Ucrania y el caos en el Ministerio de Justicia (Comentario a las Instrucciones de la DGRN de 14 y 18 de febrero de 2019)”, *Revista Electrónica de Estudios Internacionales*, núm. 37, 2019, pp. 24-31.

<sup>17</sup> Accesible en [https://e00-elmundo.uecdn.es/documentos/2019/02/16/instruccion\\_gestacion.pdf](https://e00-elmundo.uecdn.es/documentos/2019/02/16/instruccion_gestacion.pdf), consultado el 29 de junio de 2019.

que haya que determinar la legislación aplicable a la determinación de la filiación ante las autoridades españolas, y el artículo 9.4 Cc lleve a la aplicación de una legislación que no atribuya vínculo alguno con el niño a la gestante, siempre que haya aportado su óvulo la comitente, puede utilizarse con carácter análogo el artículo 10.3 de la Ley 14/2006 para la determinación de la filiación materna, pensado en principio sólo para la impugnación de la paternidad biológica.

## II. El papel forzado de la Dirección General de los Registros y del Notariado: Instrucciones de 5 de octubre de 2010, de 14 de febrero de 2019 y de 18 de febrero de 2019

8. Ante el inmovilismo del legislador, la DGRN decidió dar un paso que, a mi juicio, iba más allá de sus atribuciones<sup>18</sup>. En la Instrucción de 5 de octubre de 2010 se consideró que sólo podían acceder al Registro Civil español por la vía del reconocimiento los casos de filiación a través de gestación por sustitución en que hubiera intervenido una autoridad judicial y siempre que se hubieran garantizado los derechos de todas las partes, fundamentalmente se hace referencia a que se haya respetado el interés superior del menor y los derechos de la gestante, habiéndose constatado que tiene capacidad para dar su consentimiento (informado) de forma libre y voluntaria; también aparecen los derechos de los comitentes porque los consentimientos deben ser irrevocables<sup>19</sup>.

Específicamente, en su directriz segunda se especifica que “[e]n ningún caso se admitirá como título apto para la inscripción del nacimiento y filiación del nacido, una certificación registral extranjera o la simple declaración, acompañada de certificación médica relativa al nacimiento del menor en la que no conste la identidad de la madre gestante”.

9. Esta cuestión ha traído consigo numerosos problemas, porque muchas veces se ha recurrido a Estados en cuya legislación no está previsto que intervenga en el procedimiento de transferencia de la parentabilidad autoridad judicial alguna. En estos casos, se estaba recurriendo, bien al artículo 10.3 de la Ley 14/2006, práctica que, todo hay que decirlo, fue recomendada por el Tribunal Supremo en su sentencia de 6 de febrero de 2014, esto es, siempre que el semen lo aportaba el varón éste podía impugnar judicialmente su paternidad y posteriormente su pareja proceder a la adopción, bien a la vía del reconocimiento. Se exigía, de esta forma, una doble determinación de la filiación, obligándose a que, en todo caso, se determinara la filiación conforme a nuestro sistema de Derecho Internacional Privado. Así se venía haciendo también en Ucrania, hasta que afloró un conflicto, no bien aclarado, aunque sospecho que, de manifiesto contenido político, que desencadenó toda una tormenta de declaraciones, notas de prensa y, lo más preocupante, Instrucciones encontradas de la DGRN. Mientras en la de 14 de febrero, de forma detenida, se intentaba poner orden al procedimiento que se venía empleando, aportando importantes novedades interpretativas como las antes aludidas en la directriz tercera, en la de 18 de febrero se vuelve a la versión de 2010, reconociendo sólo aquellas solicitudes de inscripción en el Registro Civil que se respalden en una sentencia de las autoridades judiciales del país correspondiente que sea firme y que esté dotada del correspondiente reconocimiento (exequátur o reconocimiento incidental). La calidad

<sup>18</sup> A. DURÁN AYAGO, “El acceso al Registro Civil de certificaciones registrales extranjeras a la luz de la Ley 20/2011: relevancia para los casos de filiación habida a través de gestación por sustitución”, *Anuario español de Derecho internacional privado*, vol. XII, 2012, p. 295.

<sup>19</sup> Vid. P. OREJUDO PRIETO DE LOS MOZOS, “Jurisprudencia española y comunitaria de Derecho internacional privado - Práctica española : Derecho civil internacional - Filiación : gestación por sustitución - Filiación establecida con arreglo a Derecho extranjero - Inscripción registral: Instrucción de 5 de octubre de 2010, de la Dirección General de los Registros y del Notariado, sobre el régimen registral de la filiación de los nacidos mediante gestación por sustitución (BOE núm. 243, de 7 de octubre de 2010)”, *Revista Española de Derecho Internacional*, vol. 62, núm. 2, 2010, pp. 264-266; A. L. CALVO CARAVACA, / J. CARRAS-COSA GONZÁLEZ, “Notas críticas en torno a la Instrucción de la Dirección General de los Registros y del Notariado de 5 octubre 2010 sobre régimen registral de la filiación de los nacidos mediante gestación por sustitución”, *Cuadernos de Derecho Transnacional*, vol. 3, núm. 1, 2011, pp. 247-262; A. SALAS CARCELLER, “El registro civil español y la filiación surgida de la gestación por sustitución”, *Revista Aranzadi Doctrinal*, núm. 7, noviembre 2011, pp. 9-14; I. HEREDIA CERVANTES, “La Dirección General de los Registros y del Notariado ante la gestación por sustitución”, *Anuario de Derecho Civil*, vol. 66, núm. 2, 2013, pp. 687-715; L. PERTUSA RODRÍGUEZ, “Dimensión consular de la gestación por sustitución en Derecho internacional privado”, *Cuadernos de Derecho Transnacional*, vol. 10, núm. 2, 2018, pp. 597-614.

jurídica de esta Instrucción deja mucho que desear. Más bien parece un panfleto político. Basta leer la exposición de motivos para percatarse de ello.

Por el contrario, la *non nata* Instrucción de 14 de febrero, que no llegó a publicarse en el BOE, realiza un cuidadoso análisis, proponiendo un acompañamiento jurídico a todo el proceso e intentando reducir las altas dosis de inseguridad jurídica que en estos momentos caracteriza este escenario.

**10.** Y aunque, como decimos, esta Instrucción quedó derogada antes de ver la luz en el BOE, son muy interesantes las novedades que aportaba. Destacamos las que nos parecen que podían ser utilizadas para la necesaria reforma legislativa que ha de venir.

**11.** En la directriz primera, se acoge lo ya establecido en la Instrucción de 2010 respecto a la necesidad de que exista una resolución judicial, consecuencia de un proceso contencioso o de jurisdicción voluntaria, en que quede de forma indubitada establecida la filiación a favor de los comitentes, que además deberá contar con el reconocimiento en España, bien a través de exequátur o bien a través de reconocimiento incidental. Entre las exigencias que se encomiendan al Encargado del Registro para valorar que la resolución no contraríe nuestro orden público internacional, se introducen interesantes matizaciones que no estaban presentes en la Instrucción de 2010. Por ejemplo, respecto de la gestante, además de exigir evidencias de que su consentimiento se ha obtenido de forma libre y voluntaria, sin incurrir en error, dolo o violencia y con suficiente información y consciencia del alcance de su declaración de voluntad, además de contar con capacidad natural suficiente, se exige que dicho consentimiento haya sido confirmado en un momento posterior al nacimiento del niño/a. Esto último es muy relevante, porque parece establecer una posibilidad de revocación del consentimiento, y si así fuera chocaría con lo dispuesto en el apartado e) que indica que la resolución judicial debe ser firme y que los consentimientos prestados son irrevocables, o bien, si estuvieran sujetos a un plazo de revocabilidad conforme a la legislación extranjera aplicable, que éste hubiera transcurrido, sin que quien tenga reconocida facultad de revocación, la hubiera ejercitado. La exigencia de que el consentimiento dado por la gestante pueda ser revisado, incluye de manera implícita un control de la ley aplicada, que implica que sólo se reconocerán aquellos casos en que la ley aplicada contemple esta posibilidad, lo cual, considero, no resulta demasiado acertado.

Otra novedad respecto de la Instrucción de 2010 es la alusión específica a que debe garantizarse el derecho del niño a conocer sus orígenes biológicos. En este sentido, habría que plantearse el alcance de esta premisa, pues *a priori* parece que se está pensando sólo en garantizar que el niño puede conocer a la mujer que lo ha gestado, no a quién ha aportado los gametos para su concepción, o sí, y si así fuera, ello contravendría el carácter anónimo de la donación de gametos que rige en España.

La última novedad respecto de la Instrucción de 2010 no es menor. Por primera vez se habla de la idoneidad respecto de los padres comitentes para asumir las funciones tuitivas y protectoras del nacido propias de la patria potestad, lo cual me parece muy interesante y necesario. A mi juicio, esta exigencia debería estar presente en una futura regulación material de la gestación por sustitución en España. Pero plantea si con esta exigencia se está solicitando la constancia de un certificado de idoneidad para los padres comitentes y, si así fuera, quién debería emitirlo. Por las claras concomitancias con el procedimiento de adopción, parecería razonable que se emitiera por parte de las autoridades de la residencia habitual de los comitentes. La cuestión es que esto no está por el momento contemplado en nuestra legislación. Aunque en el momento en que se regule la gestación por sustitución en España este sería uno de los caballos de batalla, probablemente.

**12.** En la directriz segunda se regulan los casos en los que no hay sentencia que acredite la transferencia de parentabilidad, y siempre que el padre comitente sea también padre biológico del niño. En este caso, será necesario llevar a cabo un proceso de impugnación judicial de la paternidad conforme al artículo 10.3 de la Ley 14/2006, o bien a través del reconocimiento del padre, cumpliendo los requisitos exigidos por el Código civil español. En especial si el reconocimiento se hace mediante declaración del padre ante el Encargado del Registro Civil se requerirá el consentimiento expreso de la madre o del representante legal del menor, conforme al artículo 44.7 de la Ley del Registro Civil de 2011. Para que

sea posible la inscripción deberán concurrir, además, los requisitos para la validez o eficacia del reconocimiento exigidos por la Ley civil aplicable. Si la madre gestante estuviese casada y fuese aplicable la presunción de paternidad matrimonial, se exigirán igualmente el consentimiento del marido o cualesquiera otros requisitos impuestos, en su caso, por la legislación civil aplicable. Pero no bastará la simple declaración del padre, sino que, para prevenir todo supuesto de tráfico internacional de menores, habrá de acompañarse de una prueba de ADN para constatar que en efecto quien dice ser padre biológico lo es. En esta misma directriz, se contempla la posibilidad de que la pareja del padre biológico pueda adoptar al niño. En el proceso de adopción la gestante (denominada en todo momento como madre) deberá asentir, y ello sólo podrá hacerse cuando hayan transcurridos seis semanas desde el parto (art. 177 Cc). En el proceso de reconocimiento de la paternidad, por el contrario, se exige que la mujer gestante consienta, y si está casada, también deberá consentir su marido.

**13.** Pero, sin duda, es la directriz tercera la que aportaba mayores novedades, pensada para los casos en que el vínculo biológico se establezca respecto de la comitente, y en el caso de que la legislación aplicable conforme al artículo 9.4 Cc conduzca a la aplicación de una legislación que determine que la gestante no posee vínculo jurídico alguno con el menor. En estos casos, para que el menor no quede desprotegido se establece un procedimiento análogo al establecido en el artículo 10.3 de la Ley 14/2006 para impugnar la maternidad biológica. Esto supone un salto cualitativo, puesto que supondría por vez primera reconocer en España que la filiación materna no tiene por qué determinarse siempre y exclusivamente por el parto.

### III. Necesarias soluciones legislativas

**14.** Considero que una efectiva solución al escenario de inseguridad jurídica en el que nos encontramos debe venir dada por una regulación desde la perspectiva del reconocimiento<sup>20</sup>, y en este sentido los artículos 96 y 98 de la Ley 20/2011, del Registro Civil, aún no vigentes previsiblemente hasta el 30 de junio de 2020<sup>21</sup>, podrían servirnos de referencia para introducir los requisitos necesarios y específicos para el reconocimiento de las resoluciones judiciales y de las actas registrales en que conste la filiación de estos niños en el extranjero, tomando como referencia las Instrucciones de la DGRN de 2010 y la de 14 de febrero de 2019. Pero también desde la perspectiva material, reformando la Ley 14/2006 y aportando una regulación específica de la gestación por sustitución en nuestro país<sup>22</sup>.

**15.** Respecto del reconocimiento, recordemos que la Resolución de la DGRN de 18 de febrero de 2009, en puridad, estaba basada en el método de reconocimiento de situaciones jurídicas<sup>23</sup>. En ella, expresamente se aboga por el principio del reconocimiento mutuo de los estatutos personales o, al menos, de los actos públicos del estado de civil provenientes de un Estado miembro de la Unión Europea, con referencia incluida a la jurisprudencia del Tribunal de Justicia de la Unión Europea (en adelante, TJUE) en materia de nombre, en la que se reconoce el derecho que tiene el menor a la continuidad de su nombre y, en consecuencia, a una identidad única (FJ 3º). En concreto, se alude a que el TJUE ha analizado esta cuestión y resuelto que, si la ley de un Estado miembro de la Unión Europea ofrece res-

<sup>20</sup> Es esta la solución por la que, en este momento, apuesta la Conferencia de La Haya de Derecho Internacional Privado, *vid.* A. DURÁN AYAGO, “Los trabajos en el seno de la Conferencia de La Haya de Derecho Internacional Privado sobre gestación por sustitución”, *Revista General de Derecho Constitucional*, en prensa.

<sup>21</sup> Según la disposición final primera de la Ley 5/2018, de 11 de junio, de modificación de la Ley 1/2000, de 7 de enero, de Enjuiciamiento Civil, en relación a la ocupación ilegal de viviendas, por la que se modifica la Disposición final décima de la Ley 20/2011.

<sup>22</sup> Considero un buen punto de partida para ello la Propuesta de bases generales para la regulación en España de la gestación por sustitución, elaborado por el Grupo de Ética y Buena práctica clínica de la Sociedad española de Fertilidad, accesible en <https://www.sefertilidad.net/docs/grupos/etica/propuestaBases.pdf>, consultado el 30 de junio de 2019.

<sup>23</sup> A. L. CALVO CARAVACA / J. CARRASCOSA GONZÁLEZ, “Gestación por sustitución y Derecho Internacional Privado: consideraciones en torno a la resolución de la Dirección General de los Registros y del Notariado de 18 de febrero de 2009”, *Cuadernos de Derecho Transnacional*, vol. 1, núm. 2, 2009, pp. 294-319

paldo normativo a una relación jurídica, esa relación jurídica podrá desarrollarse en los demás Estados miembros, independientemente de lo que puedan decir las normas de conflicto del Estado de destino. En materia de filiación, debería procederse en los mismos términos de valoración, acrecentados si cabe en la medida en que el establecimiento de la filiación genera una serie de derechos para el menor que le son imprescindibles<sup>24</sup>.

**16.** Ciertamente, el método del reconocimiento de situaciones jurídicas se ha visto fortalecido por el principio de la confianza y el reconocimiento mutuo en el ámbito europeo, que tiende a excluir el control conflictual confiando o confiriendo tal control al país de origen. En tal método se ubica la argumentación de la DGRN, situándose a caballo del reconocimiento de documentos o actos públicos extranjeros (certificados de nacimiento) y de sentencias judiciales o de la homologación de un acto de jurisdicción voluntaria. Sin perjuicio de que en este caso la certificación provenía de un Estado no miembro la Unión Europea, quizás no debería de olvidarse que en realidad el método del reconocimiento de situaciones no es más que una derivada del conflicto de sistemas. Una vez que decidimos qué DIPr. es el que está más vinculado con la situación, aplicamos ese sistema, que será conforme al que se constituya una determinada relación jurídica y que en base al método del reconocimiento debería ser reconocida y respetada en el resto de sistemas de DIPr. No hay duda que es un método adecuado cuando se trata de reconocer estados civiles ya constituidos conforme a normativas extranjeras. Respeta la continuidad en el espacio de las cuestiones atinentes al núcleo duro de la persona considerada como sujeto de derecho. La aplicación de un determinado sistema de DIPr se hace sobre la base de una vinculación de la relación jurídica de que se trate con ese sistema. Pueden surgir dudas en su concreción cuando se ha buscado un determinado sistema para constituir una relación que conforme al sistema más vinculado no es posible. Hay que tener en cuenta que en este caso la relación se ha internacionalizado por la voluntad de las partes, y que la filiación es una de las pocas materias que aún se considera indisponible, entre otras cosas, con el presumible objetivo de garantizar y proteger de la mejor manera el interés superior del menor<sup>25</sup>.

**17.** La aplicación del método de reconocimiento de situaciones jurídicas en estos casos aporta una solución que dota de coherencia y seguridad jurídica al estatuto personal del niño. Para su aplicación sólo sería necesario comprobar que ha intervenido una autoridad pública, que lo ha hecho en base a sus normas de DIPr., articuladas en torno al principio de proximidad, y que el documento en el que consta es auténtico. No habría ni que controlar la ley aplicada por la autoridad extranjera, ni tampoco podría plantearse un control de orden público del Estado requerido. Bastaría con comprobar que no se vulnera el interés superior del menor.

**18.** Pero para que no se perpetúe la esquizofrenia jurídica que ahora existe, sería recomendable introducir una regulación específica en nuestro Derecho material sobre la gestación por sustitución.

Algunas de las premisas en que podría sustentarse dicha regulación se mencionan a continuación:

Sobre la mujer gestante, debería tener al menos un hijo, dado que sólo así se garantiza que conoce lo que significa gestar y que su consentimiento es informado; debería hacerlo de forma voluntaria, sin contraprestación (precio); otra cosa es la compensación que se le deba por el embarazo; no podría aportar también su óvulo, es decir, se trataría de una gestación parcial.

Sobre los comitentes, al menos uno de ellos debería aportar su material genético; debería acreditarse médicamente en las parejas heterosexuales o de mujeres la imposibilidad para gestar; sería recomendable que fuera necesario obtener por parte de los comitentes un certificado de idoneidad similar al que ahora existe para la adopción con el que pudiera acreditarse que se encuentran preparados para afrontar el proceso y asumir las responsabilidades parentales.

Sobre la mujer gestante y los comitentes, los consentimientos deberían manifestarse antes del nacimiento del menor ante autoridad judicial en un acto de jurisdicción voluntaria. Sería importante la

<sup>24</sup> A. DURÁN AYAGO, "Libre circulación de personas y familias en un mundo globalizado: cuestiones por resolver desde la perspectiva de los Derechos humanos", en Sanz Mulas, N. (dra.), *Los Derechos Humanos 70 años después de la Declaración Universal*, Tirant lo Blanch, 2019, pp. 75-99.

<sup>25</sup> A. DURÁN AYAGO, "El acceso al Registro Civil...", *loc. cit.*, p. 289.

intervención de un equipo multidisciplinar que antes de ese acto informara a las partes de todo lo relativo a la gestación y del alcance de los consentimientos. Todo para garantizar que una vez que se dé el consentimiento ante autoridad judicial éste sea irrevocable.

Sobre el niño, el interés superior del niño es que su filiación quede acreditada desde su nacimiento a favor de quienes lo han querido (filiación intencional). Esta filiación debería ser inimpugnable.

#### IV. A modo de conclusión

19. Regular la gestación por sustitución en España supondría, en primer lugar, terminar con la esquizofrenia jurídica que ahora existe a todos los niveles, que se manifiesta con claridad en el propio Tribunal Supremo, con dos de sus salas (Civil y Social) optando por planteamientos diversos en torno a esta técnica<sup>26</sup>. Pero es que, además, se podría plantear un marco regulador garantista que evitara que el afán de lucro estuviera presente, algo en que ponen con insistencia el acento los sectores sociales que se oponen a esta técnica. No se trata de hacer negocio a costa de las mujeres gestantes, sino de hacer posible que alguien que por sus propios medios no puede, consiga ser padre/madre con todas las garantías y sin exponerse a un escenario de clara inseguridad jurídica. Se trataría, pues, con la experiencia comparada, de elaborar una legislación garantista que contemplara los derechos reproductivos en su más amplio alcance y también garantizara su ejercicio. Si sentamos los parámetros dentro de España, luego será más fácil y coherente fijar los casos que estarían fuera de la esfera del Derecho, puesto que habríamos ya construido nuestro orden público internacional sobre la base de una realidad admitida en nuestro ordenamiento jurídico y respaldada constitucionalmente por varios artículos, entre ellos, el artículo 10 que consagra el respeto a la dignidad humana y al libre desarrollo de la persona, en relación con el artículo 17 que garantiza la libertad individual y con los artículos 14 y 39 que prohíben la discriminación por filiación y garantizan el respeto a los derechos de los niños.

20. A diferencia de lo que ha apuntado el Comité de Bioética de España<sup>27</sup>, que aboga por prohibir la gestación por sustitución en el mundo, yo me alinee en torno a los trabajos que desde la Conferencia de La Haya de Derecho Internacional Privado se están realizando<sup>28</sup>, buscando la mejor manera para garantizar los derechos de todas las partes que intervienen en el proceso, pero poniendo el acento en la necesidad de garantizar por encima de todo el interés superior del menor que, en estos casos, consiste en que se pueda acreditar su filiación desde su nacimiento a favor de quienes han querido traerlo al mundo y garantizar la continuidad en el espacio de dicha filiación.

<sup>26</sup> Vid. A. DURÁN AYAGO, "La gestación por sustitución ante el Tribunal Supremo: diacronía en dos actos", en A. L. CALVO CARAVACA / J. CARRASCOSA GONZÁLEZ, *El Tribunal Supremo y el Derecho Internacional Privado*, en prensa.

<sup>27</sup> Informe accesible en [http://assets.comitedebioetica.es/files/documentacion/es/informe\\_comite\\_bioetica\\_aspectos\\_eticos\\_juridicos\\_maternidad\\_subrogada.pdf](http://assets.comitedebioetica.es/files/documentacion/es/informe_comite_bioetica_aspectos_eticos_juridicos_maternidad_subrogada.pdf), consultado el 1 de julio de 2019.

<sup>28</sup> Todos los trabajos accesibles en <https://www.hcch.net/fr/projects/legislative-projects/parentage-surrogacy>, consultado el 1 de julio de 2019.

JURISDICTION AND APPLICABLE LAW TO CLAIMS RELATED  
TO THE PAYMENT OF CONTRIBUTIONS TO THE BUDGET  
OF AN ASSOCIATION OF PROPERTY OWNERS FOR THE  
MAINTENANCE OF THE COMMUNAL AREAS OF A BUILDING.  
COMMENT ON THE JUDGMENT OF THE COURT OF JUSTICE  
OF THE EUROPEAN UNION OF 8 MAY 2019, *BRIAN ANDREW  
KERR V PAVLO POSTNOV AND NATALIA POSTNOVA*, C-25/18

JURISDICCIÓN Y LEY APLICABLE A LAS RECLAMACIONES  
RELACIONADAS CON EL PAGO DE LAS CONTRIBUCIONES  
AL PRESUPUESTO DE UNA COMUNIDAD DE PROPIETARIOS  
PARA EL MANTENIMIENTO DE LAS ZONAS COMUNES  
DE UN EDIFICIO. COMENTARIO A LA SENTENCIA  
DEL TRIBUNAL DE JUSTICIA DE LA UNIÓN EUROPEA  
DE 8 DE MAYO DE 2019, *BRIAN ANDREW KERR CONTRA PAVLO  
POSTNOV Y NATALIA POSTNOVA*, C-25/18

JONATAN ECHEBARRÍA FERNÁNDEZ\*

*Ph.D. in Law*

*Copenhagen Business School*

Recibido: 14.06.2019 / Aceptado: 05.07.2019

DOI: <https://doi.org/10.20318/cdt.2019.4978>

**Abstract:** This comment on the judgment C-25/18 analyses the characterisation of the outstanding amounts payable by the owners of an apartment to the manager of the association of owners of the building in concept of maintenance costs of communal areas. The Court of Justice of the European Union identifies the court having jurisdiction according to Article 7(1)(a) (matters related to contract) of the Brussels I Recast Regulation and the applicable law according to Articles 4(1)(b) (provision of services). However, Article 4(1)(c) (rights *in rem* in immovable property) of the Rome I Regulation is not applicable.

**Keywords:** actions in contract, provision of services, rights in rem, Court of Justice of the European Union, jurisdiction, applicable law, Brussels I Recast Regulation, Rome I Regulation, Rome II Regulation.

**Resumen:** Este comentario sobre la sentencia C-25/18 analiza la caracterización de las cantidades pendientes de pago por los propietarios de un apartamento al gerente de la asociación de propietarios del edificio en concepto de gastos de mantenimiento de las zonas comunes. El Tribunal de Justicia de la Unión Europea identifica al tribunal competente según el artículo 7(1)(a) (asuntos relacionados con el contrato) del Reglamento de Bruselas I y la legislación aplicable según el artículo 4(1)(b) (prestación de servicios).

---

\* I would like to thank Professor J. CARRASCOSA GONZÁLEZ (Chair Professor of Private International Law at the University of Murcia) and Professor J. J. ÁLVAREZ RUBIO (Chair of Private International Law at the University of the Basque Country) for their advice during the preparation of this comment on the judgment.

Sin embargo, el artículo 4(1)(c) (derechos reales sobre bienes inmuebles) del Reglamento Roma I no es aplicable.

**Palabras clave:** acciones contractuales, prestación de servicios, derechos reales, Tribunal de Justicia de la Unión Europea, jurisdicción, legislación aplicable, Reglamento refundido de Bruselas I, Reglamento Roma I, Reglamento Roma II.

**Summary:** I. Introduction. II. The facts of the case. III. The legal grounds of the decision. 1. The first question. A) Jurisdiction under Article 7(1)(a) of the Brussels I Recast Regulation. B) The possibility of finding jurisdiction based on Articles 24(1) and 24(2) of the Brussels I Recast Regulation. 2. The second and third questions. 3. The fourth question. A) The Advocate General KOKOTT's Opinion on Article 7(1) of the Brussels I Recast Regulation regarding the provision of services and place of performance. B) The applicability of Article 4(1)(b) of the Rome I Regulation to the provision of services. IV. Final remarks.

## I. Introduction

1. The preliminary ruling of the First Chamber of the Court of Justice of the European Union (CJEU) of 8 May 2019, *Brian Andrew Kerr v Pavlo Postnov and Natalia Postnova*, has set out the criteria on how the obligation of the owners to pay annual financial contributions to the budget of the association of property owners based on the decisions taken between 2013 and 2017 by majority of its members. The ruling sheds light in how the obligations arising out of an association of property owners without legal personality may be enforced.

2. The analysis focuses on the enforcement of the collective decisions of a general meeting of property owners related to the maintenance of the communal areas of a property building located in Bansko, Bulgaria. The article focuses on Article 7(1)(a) dealing with the special jurisdiction in matters related to contract and the law applicable under Article 4(1)(b) and (c) in relation to the concepts of contracts for the provision of services and contracts related to a right *in rem* in an immovable property.

## II. The facts of the case

3. The apartment owners, Mr. Postnov and Ms. Postnova, domiciled in Dublin (Ireland) have not entirely paid the contributions to Mr. Kerr, the building manager. Mr. Kerr started proceedings at the Rayonen sad Razlog, the District Court of Razlog in Bulgaria, seeking an order to be paid those contributions plus a compensation for delay.

4. The District Court of Razlog considered that the exceptions of Article 4(1) of the 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 (hereafter Brussels I Recast Regulation)<sup>1</sup> did not provide the grounds for special jurisdiction in order to hear the case since Mr. Postnova and Ms. Postnova were domiciled in Dublin. Mr. Kerr appealed against such decision before the referring court. The Regional Court of Blagoevgrad (*Okrazhen sad – Blagoevgrad*) stayed the proceedings while referring the following questions concerning the legal nature of the decisions taken by an association of property owners without legal personality for a preliminary ruling to the CJEU (paragraph 16):

‘(1) Do the decisions of unincorporated associations created by operation of law due to the special ownership of a right, which are taken by a majority of their members but which bind all of them, including those who did not cast a vote, form the basis of a “contractual obligation” for the purposes of determining international jurisdiction pursuant to Article 7(1)(a) of [the Brussels I Recast Regulation]?’

<sup>1</sup> 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 [2012] OJ L351/1.



(2) If the first question is answered in the negative: are the rules on determining the applicable law for contractual relationships under Regulation (EC) No 593/2008 of the European Parliament and of the Council of 17 June 2008 on the law applicable to contractual obligations (hereafter Rome I Regulation)<sup>2</sup> applicable to such decisions?

(3) If the first and the second questions are answered in the negative: are the provisions of 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 (hereafter Rome II Regulation)<sup>3</sup> applicable to such decisions, and which of the non-contractual bases of liability referred to in that regulation is relevant here?

(4) If the first or second question is answered in the affirmative: should the decisions of unincorporated associations regarding expenditure for building maintenance be regarded as constituting a “contract for the provision of services” within the meaning of Article 4(1)(b) of Regulation No 593/2008 or as a contract relating to a “right *in rem*” or a “tenancy” within the meaning of Article 4(1)(c) of that regulation?

### III. The legal grounds of the decision

#### 1. The first question

##### A) Jurisdiction under Article 7(1)(a) of the Brussels I Recast Regulation

5. The first question is answered by the CJEU affirming that payment obligations agreed by the general meeting of the owners by “the majority of its members” of a property in a building with no “legal personality” and “specifically established by law in order to exercise certain rights” are defined as ‘matters relating to a contract’ within the meaning of Article 7(1)(a) of the Brussels I Recast Regulation (paragraph 17). According to Article 7(1) of the Brussels I Recast Regulation:

“A person domiciled in a Member State may be sued in another Member State:

(a) in matters relating to a contract, in the courts for the place of performance of the obligation in question;

(b) for the purpose of this provision and unless otherwise agreed, the place of performance of the obligation in question shall be:

– in the case of the sale of goods, the place in a Member State where, under the contract, the goods were delivered or should have been delivered,

– in the case of the provision of services, the place in a Member State where, under the contract, the services were provided or should have been provided;

(c) if point (b) does not apply then point (a) applies”;

6. The substantive scope and the provisions [of the Rome I Regulation] should be consistent with the Brussels I Recast Regulation according to Recital 7 of the Rome I Regulation.<sup>4</sup> The Rome I Regulation in its Recital 17 ensures that “as far as the applicable law in the absence of choice is concerned, the concept of ‘provision of services’ and ‘sale of goods’ should be interpreted in the same way as when applying [Article 7(1)(b) of the Brussels I Recast Regulation] in so far as sale of goods and provision of services are covered by that Regulation”.

7. The CJEU’s interpretation of Article 5(1) of the Brussels I Regulation applies to Article 7(1) of the Brussels I Recast Regulation.<sup>5</sup> The court’s criterion has been recently confirmed in paragraph 27 of the *Kareda v. Benko* judgment.<sup>6</sup>

<sup>2</sup> 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.

<sup>3</sup> 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, OJ 2007 L 199/40 (Rome II Regulation).

<sup>4</sup> *Id. ad ex.* the judgment of 15 March 2011, *Koelzsch v Grand Duchy of Luxembourg*, C-29/10, EU:C:2011:151.

<sup>5</sup> Paragraphs 18-20 of the judgment referring to paragraph 31 of the judgment of the CJEU of 15 November 2018, *Hellenische Republik v Leo Kuhn*, C-308/17. EU:C:2018:911.

<sup>6</sup> Judgment of 15 June 2017, *Saale Kareda v. Stefan Benkö*, C-249/16, EU:C:2017:472.

8. The *Kareda v. Benko* involved a loan repayment between two parties to a bank to fund the purchase of a property in Austria, constitutes a recent example of interpretation of the second indent of Article 7(1)(b) of the Brussels I Recast Regulation. Mr. Benko sued Ms. Kareda claiming the reimbursement of the loan before the Regional Court of St. Pölten, Austria. The court declared that it had no territorial jurisdiction on the basis that the domicile of Ms. Kareda, the debtor, was in Estonia.

9. Mr. Benko brought an appeal against the previous decision before the Higher Regional Court of Vienna on the basis that jurisdiction had to be determined according to the place of performance of the obligation to repay the loans. Ms. Kareda appealed at the Austrian Supreme Court seeking to establish that the Austrian courts had no jurisdiction. The court referred the case for preliminary ruling to the CJEU. Austria was the place of performance of the obligation. The CJEU held that Articles 7(1)(a) and 7(1)(c) were not applicable to the case. The two debtors were jointly and severally liable for the repayment obligation. The court where the lender had its registered office in Austria had jurisdiction under the second indent of Article 7(1)(b) of the Brussels I Recast Regulation.<sup>7</sup> Moreover, it was suggested that contracts of reinsurance or letters of credit extended by the banks can be defined as contracts of financial services.<sup>8</sup>

10. The general rule of the domicile of the defendant contained in Article 4 of the Brussels I Recast Regulation can only be excepted if the grounds for “special and exclusive jurisdiction” are met (paragraph 21)<sup>9</sup> and shall be “interpreted restrictively” (paragraph 22).<sup>10</sup> “The conclusion of a contract is not a condition for the application” of Article 7(1)(a) of the Brussels I Recast Regulation according to the CJEU’s case-law (paragraph 23).<sup>11</sup> “Contractual matters” in the context of Article 7(1)(b) require the “free commitment of one party to another” (paragraphs 24 and 25).<sup>12</sup> Moreover, it is confirmed “that membership of an association creates between the members close links of the same kind as those which are created between the parties to a contract” (paragraph 26).<sup>13</sup>

<sup>7</sup> A. ARZANDEH, “International Private Law. Cases”, *Lloyd's Maritime and Commercial Law Quarterly*, 2018, pp. 163-164.

<sup>8</sup> P. STONE, *Stone on Private International Law in the European Union*, 4<sup>th</sup> ed., Elgar European Law and Practice series, 2018, at [4.44].

<sup>9</sup> “According to the Court’s settled case-law, the jurisdiction provided for in Article 4 of Regulation No 1215/2012, namely that the courts of the Member State in which the defendant is domiciled are to have jurisdiction, constitutes the general rule. It is only by way of derogation from that general rule that the regulation provides for rules of special and exclusive jurisdiction for cases, which are exhaustively listed, in which the defendant may or must, depending on the case, be sued in the courts of another Member State” (judgments of 7 March 2018, *E.ON Czech Holding AG v Michael Dédouch and Others*, C-560/16, EU:C:2018:167, paragraph 26, of 12 September 2018, *Helga Löber v Barclays Bank PLC*, C-304/17, EU:C:2018:701, paragraph 18, of 13 July 2006, *Reisch Montage AG v Kiesel Baumaschinen Handels GmbH*, C103/05, EU:C:2006:471, paragraph 22, and of 12 May 2011, *Berliner Verkehrsbetriebe (BVG), Anstalt des öffentlichen Rechts v JPMorgan Chase Bank NA, Frankfurt Branch*, C144/10, EU:C:2011:300, paragraph 30).

<sup>10</sup> “The Court has already held that those special jurisdictional rules must be interpreted restrictively and cannot give rise to an interpretation going beyond the cases expressly envisaged by the regulation” (judgments of 18 July 2013, *ÖFAB, Östergötlands Fastigheter AB v Frank Koot and Evergreen Investments BV*, C-147/12, EU:C:2013:490, paragraph 31, and of 14 July 2016, *Granarolo SpA v. Ambrosi Emmi France SA*, C-196/15, EU:C:2016:559, paragraph 18).

<sup>11</sup> See the judgments of 28 January 2015, *Harald Kolassa v Barclays Bank plc*, C-375/13, EU:C:2015:37, paragraph 38, and of 21 April 2016, *Austro-Mechana Gesellschaft zur Wahrnehmung mechanisch-musikalischer Urheberrechte Gesellschaft mbH v Amazon EU Sàrl and Others*, C-572/14, EU:C:2016:286, paragraph 34.

<sup>12</sup> Judgment of 17 October 2013, *OTP Bank Nyilvánosán Működő Részvénytársaság v Hochtief Solution AG*, C519/12, EU:C:2013:674, paragraph 23. *Vid.* the judgments of 17 June 1992, *Jakob Handte & Co. GmbH v Traitements Mécano-chimiques des Surfaces SA*, C-26/91, EU:C:1992:268, paragraph 15, of 27 October 1998, *Réunion européenne SA and Others v Spliethoff's Bevrachtungskantoor BV and the Master of the vessel Alblasgracht V002*, C-51/97, EU:C:1998:509, paragraph 17, of 17 September 2002, *Fonderie Officine Meccaniche Tacconi SpA v Heinrich Wagner Sinto Maschinenfabrik GmbH (HWS)*, C-334/00, paragraph 23; of 5 February 2004, *Frahül SA v Assitalia SpA*, C-265/02, EU:C:2004:77, paragraph 24, of 20 January 2005, *Petra Engler v Janus Versand GmbH*, C-27/02, EU:C:2005:33, paragraph 50, of 18 July 2013, *ÖFAB*, paragraph 33, of 14 March 2013, *Česká spořitelna, a.s. v Gerald Feichter*, C-419/11, EU:C:2013:165, paragraph 47 and of 21 April 2016, *Austro-Mechana*, C-572/14, EU:C:2016:286, paragraph 36.

<sup>13</sup> See the judgments of 22 March 1983, *Martin Peters Bauunternehmung GmbH v Zuid Nederlandse Aannemers Vereniging*, C-34/82, EU:C:1983:87, paragraphs 13 and 15, of 10 March 1992, *Powell Duffryn plc v Wolfgang Petereit*, C-214/89, EU:C:1992:115, paragraph 15, and of 20 January 2005, *Engler*, paragraph 47.

11. The voluntary acquisition of the apartment entails the “ownership shares of the communal areas of the property” that are managed by the association of property owners according to Bulgarian law. The “arrangements for management of the communal areas of the building” are, where applicable, governed by contract” (paragraph 27 of the judgment and point 54 of the Opinion).

12. The co-owners freely joined the association by purchasing their apartment. The act of purchase of the apartment or the decision of the association of owners of property does not interfere in the application of Article 7(1)(a) of the Brussels I Recast Regulation (paragraph 28).<sup>14</sup> The decision of that association is binding on the property owners even if they did not cast their vote since they “agreed to be subject to all the provisions” adopted, “in accordance with the provisions of the applicable national law” (paragraph 29).<sup>15</sup>

## **B) The possibility of finding jurisdiction based on Articles 24(1) and 24(2) of the Brussels I Recast Regulation**

13. “The rights *in rem* in immovable property also relate to Article 24(1) of the Brussels I Recast Regulation” under “an autonomous and strict interpretation” with *erga omnes* effect.<sup>16</sup> The CJEU’s case-law also requires that the “content and extent” of that right to be “the object of the proceedings”.<sup>17</sup> It should be taken into consideration that the manager brought an action *in personam*. “The rights *in rem* of the defendant co-owners of the commonhold [...] remain unaffected” (points 33-39 of the Advocate General’s Opinion).

14. The Bulgarian court did not decide on the action to secure enforcement brought by the appellant that may affect the rights *in rem* (the ownership share) of the defendants by applying Article 397(1) of the Bulgarian Code of civil procedure. Advocate General KOKOTT refers to the court’s case-law where “an action for the termination of co-ownership in undivided shares of immovable property by way of sale, by an appointed agent, falls under *in rem* jurisdiction”.<sup>18</sup> Jurisdiction can be found on the application of the first subparagraph of Articles 24(1) of the Brussels I Recast Regulation. Equally, the Bulgarian court may find jurisdiction of based “on the secured monetary claim under Article 8(4) of that Regulation” (point 40 of the Opinion). The Advocate General clarifies that “by an association of property owners cannot be equated with use of a property and, for that reason, it can be ruled out that the main proceedings have as their object ‘tenancies of immovable property’ (point 41 of the Opinion)”.

15. The judgment does not reflect the discussion of Advocate General’s Opinion by stating that “in so far as the action which gave rise to the dispute in the main proceedings does not fall within the scope of any of those actions, but is based on the rights of the association of property owners to payment of contributions relating to the maintenance of the communal areas of a building, that action must not be regarded as relating to a contract for a right *in rem* in immovable property, within the meaning of Article 4(1)(c)” of the Rome I Regulation (paragraph 38 of the judgment).

16. VAN CALSTER<sup>19</sup> warns about the variation of the object of the rights and obligations enshrined in Article 24 of the Brussels I Recast Regulation and “the prospect of adding an enforcement claim to

<sup>14</sup> Advocate General KOKOTT refers to *Martin Peters* case, paragraph 18, by analogy.

<sup>15</sup> Referring to the judgment of 10 March 1992, *Powell Duffryn plc v Wolfgang Peterreit*, C-214/89, EU:C:1992:115, paragraph 19.

<sup>16</sup> Judgment of 16 November 2016, *Wolfgang Schmidt v Christiane Schmidt*, C417/15, EU:C:2016:881, paragraph 31, and the judgment of 17 December 2015, *Virpi Komu and Others v Pekka Komu and Jelena Komu*, C605/14, EU:C:2015:833, paragraph 27.

<sup>17</sup> *Schmidt* case, paragraph 30; *Komu and Others* judgment, paragraph 26.

<sup>18</sup> Referring to the *Komu and Others* case.

<sup>19</sup> G. VAN CALSTER, “Kokott AG in *Kerr v Postnov(a)*: How house association meetings turn into a jurisdictional and applicable law potpourri”, *Conflict of Laws / Private international law* blog, 12 February 2019, accessed on 10 June 2019: <<https://gavclaw.com/2019/02/12/kokott-ag-in-kerr-v-postnova-how-house-association-meetings-turn-into-a-jurisdictional-and-applicable-law-potpourri/>>

an otherwise contractual action” that may lead to abusive *forum shopping*. He points out that the *forum societatis* is not engaged since there is no exclusive jurisdiction of the courts where companies, legal persons or associations have their seat according to Article 24(2) of the Brussels I Recast Regulation in respect of the validity of the decisions taken by ‘unincorporated association’, i.e. an association of property owners that has no legal personality in the current case (points 42 and 43 of the Opinion).

17. When the *lex societatis* exception of Article 1(2)(f) of the Rome I Regulation is triggered the residual conflict-of-laws method will determine the place of obligation.<sup>20</sup> The Advocate General believes that such exception is applicable to the case (points 60 and 64 of the Opinion). However, the CJEU contradicts her Opinion by stating that “that the exclusion from the scope of Regulation No 593/2008 of matters relating to questions governed by the law of companies and other bodies, corporate or unincorporated, such as the creation, by registration or otherwise, legal capacity, internal organisation or winding-up of companies and other bodies, corporate or unincorporated, set out in Article 1(2)(f) of that regulation, applies not to a request from an unincorporated association, in this case that constituted by the owners of property in an apartment building represented by the building manager, concerning the payment of annual financial contributions to the budget of the association of property owners relating to that building, which falls within the scope of the general law on contractual obligations, but rather exclusively to the structural aspects of those companies and other bodies, corporate or unincorporated” (paragraph 33).

18. The Court follows the GIULIANO and LAGARDE report<sup>21</sup> to justify that “the exclusion of those questions from the scope of application [of the Rome I Regulation] affects all the complex acts which are necessary to the creation of a company or firm and to the regulation of its internal organisation and winding-up, that is to say acts which fall within the scope of company law (paragraph 34 of the judgment)”.<sup>22</sup>

## 2. The second and third questions

19. The CJEU does not provide an answer to the second and third questions since it has provided a positive answer to the first question (paragraph 31 of the judgment and point 59 of the Opinion).

20. Article 1(2)(f) of the Rome I Regulation excludes the “questions governed by the law of companies and other bodies, corporate or unincorporated” from its scope of application. “It follows from this exception that, under the conflict-of-law rules, claims for payment made by a legal association against its members are not to be assessed on the basis of the Rome I Regulation, even though such claims are to be regarded as ‘matters relating to a contract’ within the meaning of Article 7(1) of the Brussels I Recast Regulation, which does not contain a similar exception (point 60 of the Opinion in connection with 33 of the judgment)”.

21. The Court provides an explanation to the second question regarding the possibility of applying the rules on determining the applicable law for contractual relationships under the Rome I Regulation.<sup>23</sup> The Regulation is applicable to the decisions of the homeowners association as detailed in the section below.

22. The third question, whether the provisions the Rome II Regulation are applicable to such decisions or not, and which of the non-contractual bases of liability referred to in that Regulation is relevant for the case is not answered by the CJEU.

<sup>20</sup> *Ibid.*

<sup>21</sup> M. GIULIANO and P. LAGARDE, *Council Report on the Convention on the law applicable to contractual obligations*, 1980, OJ 1980 L 266, p. 1.

<sup>22</sup> *Vid.* G. VAN CALSTER, “Judgment in *Kerr v Postnov(a)*: a surprisingly swift conclusion on Article 24 and ‘services’ in Brussels Ia /Rome I”, *Conflict of Laws / Private international law* blog, posted on 21 May 2019, accessed on 10 June 2019: <<https://gavclaw.com/2019/05/21/judgment-in-kerr-v-postnova/>>

<sup>23</sup> 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.

### 3. The fourth question

23. The first question led to the application of Article 7(1)(a) of the Brussels I Recast Regulation. The fourth question relates to the applicability of Article 4(1)(b) (contract for the provision of services) or Article 4(1)(c) (contract relating to a “right *in rem*” or a “tenancy”) of the Rome I Regulation regarding the decisions of unincorporated associations in respect of the expenses incurred for building maintenance.

#### A) The Advocate General Kokott’s Opinion on Article 7(1) of the Brussels I Recast Regulation regarding the provision of services and place of performance

24. As previously stated, the Advocate General contradicts the CJEU’s criterion by excluding the application of the Rome I Regulation based on its exception found in Article 1(2)(f). She suggests that “the referring court wishes in essence to ascertain to what extent the classification of the legal relationship on which the claim for payment at issue is based in the main proceedings affects the legal provisions applicable in determining the place of performance” (point 64 of the Opinion). She believes that the national court should reformulate the fourth question considering the “settled case-law” and the EU law provisions that the national court did not refer to the CJEU (point 65 of the Opinion). The Advocate General sets out that “the fourth question should thus be reformulated and interpreted as seeking to ascertain whether the place of performance of the obligation in question is to be determined on the basis of the second indent of Article 7(1)(b) of the [Brussels I Recast Regulation]” (point 67 of the Opinion).

25. A distinction should be drawn between Articles 7(1)(a) and 7(1)(b) of the Brussels I Recast Regulation. It is widely understood that the introduction of Article 7(1)(b) in the new Brussels I Recast Regulation and Article 5(3) in the revised Lugano Convention<sup>24</sup> has been a cornerstone. Such achievement has led to the autonomous interpretation of the place of performance as the place for the provision of services.

26. The CJEU points to the *Falco* and *Corman-Collins* case-law that requires carrying out a particular activity in return for remuneration (paragraph 39 of the case).<sup>25</sup> Although the Advocate General agrees with this requirement (point 69 of the Opinion), she believes that the relationship between “the contributions to be paid by the co-owners [...] and the management tasks of the association of property owners is [...] uncertain” (point 70 of the Opinion). She does not observe this requirement fulfilled in the current case but only if the management of the property would be assigned to specialised service provider (point 71 of the Opinion). The Advocate General justifies not applying the second indent of Article 7(1)(b) resorting on the “mixed or at least non-uniform nature of the contributions” and “the principles of legal certainty and predictability of the determination of international jurisdiction” (point 72 of the Opinion).

27. She considers that “regard should be had, in determining the place of performance according to the ‘*Tessili* rule’,<sup>26</sup> to the *lex causae* defined as applicable by the valid conflict-of-law rules of the forum State” (point 74 of the Opinion). In the *Tessili* case, the Court held that it was in no position to impose an EU definition.<sup>27</sup>

“[...] the determination of the place of performance of obligations depends on the contractual context to which the obligations belong”.

<sup>24</sup> Council Decision 2007/712/EC of 15 October 2007 on jurisdiction and the recognition and enforcement of judgments in civil and commercial matters [2007] OJ L339/3 (Lugano Convention).

<sup>25</sup> Judgments of 23 April 2009, *Falco Privatstiftung v. Weller-Lindhorst*, C-533/07, EU:C:2009:257, paragraph 29. The criteria was confirmed by relevant case-law such as the judgments of 19 December 2013, *Corman-Collins SA v La Maison du Whisky SA*, C-9/12, EU:C:2013:860, paragraph 37, of 10 September 2015, *Holterman Ferho Exploitatie and Others*, C47/14, EU:C:2015:574, paragraph 57, of 15 June 2017, *Saale Kareda v. Stefan Benkö*, C-249/16, EU:C:2017:472, paragraph 35 and of 8 March 2018, *Saey Home & Garden*, C64/17, EU:C:2018:173.

<sup>26</sup> Following the judgment of 6 October 1976, *Industrie Tessili Italiana Como v Dunlop AG*, C-12/76, EU:C:1976:133.

<sup>27</sup> Paragraph 14 of the *Tessili* case.

28. The CJEU went for the *acte clair* doctrine and did not follow the Advocate General's Opinion. It is doubtful that her Opinion follows that doctrine since she suggested a "resurrection of the classic *Tessili* formula".<sup>28</sup> The place of performance of the obligation, the payment, is determined by national law according to the *Tessili* case, as later confirmed by the *Custom Made*<sup>29</sup> and *Concorde*<sup>30</sup> judgments.<sup>31</sup>

29. The *Concorde* case led to the changes in Article 7(1)(b) of the Brussels I Recast Regulation stating that in order to determine the court having jurisdiction the "place of performance of an obligation is the place where the obligation which characterises the legal relationship in question was performed or was to be performed".<sup>32</sup> Such uniform rule displacing the '*Tessili* rule' is applicable when the place for the provision of services could not be identified in the contract without relying on the applicable law to the contract.<sup>33</sup>

## B) The applicability of Article 4(1)(b) of the Rome I Regulation to the provision of services

30. The judgment comes to a conclusion in paragraphs 40-42. The CJEU ruled that the remuneration requirement of the *Falco* case is fulfilled. Therefore, the Court confirms that there is no need to rely on the '*Tessili* rule'. The determination of the applicable law in the absence of a choice of law of Article 3 of the Rome I regulation, is found in the list of the eight 'magnificent' contracts of Article 4.<sup>34</sup> Such list includes the sale of goods, provision of services and *in rem* rights in immovable property in its paragraphs (a), (b) and (c) of Article 4(1) of the Rome I Regulation, respectively. Such European typical contracts may not be regulated under national legislation. This is the case, for instance, of the contract for the provision of services that cannot be found in the Spanish Civil Code.<sup>35</sup>

32. It should be noted that the autonomous and broad concept of services of the Brussels I Recast Regulation coincides with the one provided in the Rome I Regulation as the Advocate General also confirms it in point 66 of her Opinion. The concept under the second indent of Article 7(1)(b) of the Brussels I Recast Regulation provides a uniform interpretation that avoids *forum shopping* between EU Member State courts. Such concept is based on an economic and non-legal notion.<sup>36</sup>

33. The law of the residence of the service provider represents a direct, rigid and not presumptive connecting factor that is economically inefficient for the contracting parties. It does not take into consi-

<sup>28</sup> G. VAN CALSTER (notes 19 and 22).

<sup>29</sup> Judgment of 29 June 1994, *Custom Made Commercial Ltd v. Stawa Metallbau GmbH*, C-288/92, EU:C:1994:268.

<sup>30</sup> Judgment of 28 September 1999, *GIE Groupe Concorde and Others v The Master of the vessel "Suhadiwarno Panjan" and Others*, C-440/97, EU:C:1999:456.

<sup>31</sup> A. BRIGGS, *Civil jurisdiction and judgments*, Informa law from Routledge, 2015, at [2.178].

<sup>32</sup> Opinion of Mr. Advocate General RUIZ-JARABO COLOMER of 16 March 1999, *GIE Groupe Concorde and Othes v. The Master of the vessel "Suhadiwarno Panjan" and Others*, Case C-440/97, EU:C:1999:146, paragraph 103.

<sup>33</sup> A. BRIGGS (note 31), at [2.179].

<sup>34</sup> Article 4(1) of the Rome I Convention states the following: "To the extent that the law applicable to the contract has not been chosen in accordance with Article 3 and without prejudice to Articles 5 to 8, the law governing the contract shall be determined as follows:

(a) a contract for the sale of goods shall be governed by the law of the country where the seller has his habitual residence;

(b) a contract for the provision of services shall be governed by the law of the country where the service provider has his habitual residence;"

<sup>35</sup> A.-L. CALVO CARAVACA and J. CARRASCOSA GONZÁLEZ, *Derecho internacional privado*, vol. II, Comares, 2016, pp. 933-936 and pp. 945-949; *Ibid.*, "Articles 1 & 2", in U. MAGNUS and P. MANKOWSKI (eds.), *Rome I Regulation - Commentary, European Commentaries on Private International Law (ECPIL)*, Otto Schmidt, 2017, pp. 52-87.

<sup>36</sup> *Ibid.*, p. 855; J.-M. JACQUET, "Nota a Sents. Cour Cass. Francia de 23 enero 2007, 27 marzo 2007, 14 noviembre 2007, 5 marzo 2008", *JDI Clunet*, 2008, pp. 521-531; M. J. CASTELLANOS RUIZ, "International leasing contracts for large civil aircrafts", *CDT*, vol. 8, no. 2, 2016, pp. 173-174. In favour of an autonomous concept, *vid.* 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, Padua. For more information on the economic concept of the provision of services, *vid.* P. BERLIOZ, "La notion de fourniture de services au sens de l'article 5-1 b) du Règlement «Bruxelles I»", vol. 135, no. 3 *Journal du Droit International, Clunet*, 2008, pp. 675-717.

deration the principle of proximity or the close connecting of the contract to a specific country.<sup>37</sup> In the current case, Article 4(1)(b) is applicable to the contract for the provision of services that will be governed by the law of the country where the service provider has his habitual residence. CARRASCOSA GONZÁLEZ criticises that solution and prefers instead the one found in Article 4(3) of the Rome I Regulation that resorts on most closely connected country to the contract.<sup>38</sup> However, in GARCIMARTÍN ALFÉREZ and JAYME'S opinion such broad concept enhances the effectiveness of Article 4(1)(b) of the Rome I Regulation preventing any potential discussions on how to identify the characteristic performance of the contract.<sup>39</sup>

#### IV. Final remarks

**34.** In the current case, “the place of performance within the meaning of Article 7(1)(a) of the [Brussels I Recast Regulation] would have to be determined in the light of the specific obligation at issue, which, in the main proceedings, is the payment obligation and not the characteristic performance of the contract as in point (b).<sup>40</sup> The conclusion of a contract is not a requirement for the application of that Article since the parties freely entered into that relationship with the manager of the owners association.

**35.** The Advocate General concludes in point 76 of her Opinion that according to Article 7(1) of the Brussels I Recast Regulation “the performance of a management task by an association of owners [...] is not to be classified as ‘services’ within the meaning of the second indent of point (b)”. Moreover, “the place of performance of a payment obligation arising from” the decisions of the association of owners “is to be determined on the basis of the law applicable to the legal relationship in question under the conflict-of-law rules of the forum State under Article 7(1)(a) of the Brussels I Recast Regulation.

**36.** As a general conclusion, it can be said that the CJEU diverged from the *Tessili* formula and did not follow Advocate General KOKKOT'S Opinion regarding the enforcement of an obligation to pay the contributions to the charges for the building according to Article 4(1)(c) of the Rome I Regulation (rights *in rem* in immovable property), but the provision of services, within the meaning of Article 4(1)(b) of that Regulation.

<sup>37</sup> S. FRANÇO, “Le règlement «Rome I» sur la loi applicable aux obligations contractuelles. De quelques changements...”, *Journal du droit international (Clunet)*, vol. 136, 2009, no. 1, pp. 41-69.

<sup>38</sup> J. CARRASCOSA GONZÁLEZ, *Conflicto de leyes y teoría económica*, Colex, 2011, pp. 235-237.

<sup>39</sup> *Vid.* F. J. GARCIMARTÍN ALFÉREZ, *Derecho de sociedades y conflictos de leyes: una aproximación contractual*, Editoriales de Derecho Reunidas, 2002; *Ibid.*, “La racionalidad económica del DIPr”, *Cursos de Derecho Internacional de Vitoria-Gasteiz 2001*, 2002, pp. 88-154; E. JAYME and CH. KOHLER, “Europäisches Kollisionsrecht 1995 - Der Dialog der Quellen”, *Praxis des Internationalen Privat- und Verfahrensrechts*, 6, 1995, pp. 343-353; *Ibid.*, “L’interaction des règles de conflit contenues dans le droit dérivé de la Communauté Européenne et des conventions de Bruxelles et de Rome”, *Revue Critique de Droit International Privé*, 1995, pp. 1-40, at pp. 25 *et seq.*

<sup>40</sup> According to settled case-law such as the judgment of 6 October 1976, *A. De Bloos, SPRL v. Société en commandite par actions Bouyer*, C-14/76, EU:C:1976:134, in point 75 of the Advocate General's Opinion.

# LA SENTENCIA DEL TRIBUNAL DE PRIMERA INSTANCIA DE TÁNGER (MARRUECOS) DE 30 DE ENERO 2017 SOBRE FILIACIÓN EXTRAMATRIMONIAL: ¿AFIRMACIÓN DE LA TRADICIÓN O UN PASO HACIA LA INNOVACIÓN?

## THE DECISION OF THE COURT OF FIRST INSTANCE OF TANGIER (MOROCCO) OF JANUARY 30, 2017 ABOUT EXTRAMARITAL FILIATION: AFFIRMATION OF TRADITION OR A STEP TOWARDS INNOVATION?

SALMA EL OUAZZANI CHAHDI

*Doctoranda*

*Universidad de Jaén*

Recibido: 29.04.2019 / Aceptado: 17.05.2019

DOI: <https://doi.org/10.20318/cdt.2019.4979>

**Resumen:** En Derecho marroquí, la prueba de ADN está limitada al reconocimiento de la paternidad dentro del marco matrimonial, con lo cual la filiación extramatrimonial no puede producir ninguno de los efectos legales entre padre e hijo. El Tribunal de Primera Instancia de Tánger (Marruecos) ha roto con una tradición jurisprudencial muy arraigada al reconocer la paternidad de una niña a través de la prueba biológica. Tal decisión fue rechazada en segundo grado. Ello, se encuentra incompatible con la realidad social marroquí, viola los principios fundamentales de la Constitución y las disposiciones de los convenios internacionales ratificados por Marruecos.

**Palabras clave:** filiación extramatrimonial, prueba ADN, código de familia marroquí (CFM), constitución (CM), convenios internacionales.

**Abstract:** In Moroccan law, DNA test is limited to the recognition of paternity within the matrimonial relationship, so that extramarital filiation cannot produce any of the legal effects between father and son. The Court of First Instance of Tangier (Morocco) has broken with a deep-rooted jurisprudential tradition by recognizing the paternity of the child through biological test. Such decision was rejected in the second degree. This is incompatible with the Moroccan social reality; it also violates the fundamental principles of the Constitution and the provisions of international conventions ratified by Morocco.

**Keywords:** extramarital filiation, DNA test, Moroccan Family Code, constitution (CM), international conventions.

**Sumario:** I. Introducción. II. La asimetría de la filiación en el CFM y sus efectos sobre la relación padre/hijo. III. Una lectura en los fundamentos del TPI de Tánger. 1. ¿Una emblemática sentencia reconociendo la paternidad “bunuwwa” sin por lo tanto reconocer la filiación “nasab”? 2. Fuentes de Derecho islámico. 3. La regulación marroquí sobre filiación ilegítima: ¿una norma inconstitucional? 4. ¿Dilema: Derecho material o instrumentos internacionales? 5. ¿Pensión alimenticia o reparación del daño causado? IV. Reflexión final.



## I. Introducción

1. La realidad social marroquí se encuentra en un enorme desfase con algunas normas jurídicas vigentes, también existen ciertas contradicciones entre las distintas fuentes de regulación en el ordenamiento jurídico. Esta situación se refleja en el ámbito de la filiación y, a su vez, en las soluciones adoptadas por la jurisprudencia.

Como buen ejemplo de ello, las soluciones adoptadas en el caso que nos ocupa, que sea en primer grado (TPI)<sup>1</sup> o en segundo grado, Corte de Apelación (CA)<sup>2</sup>.

En primer lugar, se va a realizar una breve referencia a las disposiciones de la legislación marroquí sobre filiación. En segundo lugar, un análisis de los fundamentos del TPI para averiguar hasta qué punto esta decisión realiza la equidad y la justicia para las partes y, verificar su conformidad con los demás componentes jurídicos del ordenamiento jurídico marroquí (CFM<sup>3</sup>, CM<sup>4</sup> y los convenios internacionales).

## II. La asimetría de la filiación en el CFM y sus efectos sobre la relación padre/hijo

2. En Marruecos, al igual que en todos los países de tradición musulmana<sup>5</sup>, solo la filiación paterna legítima “*nasab*” atribuye los derechos y efectos que derivan de esta relación<sup>6</sup>. En consecuencia, el CFM no reconoce ni la filiación ilegítima ni la adopción<sup>7</sup>.

De conformidad con el CFM<sup>8</sup>, la filiación parental resulta de la procreación del hijo por sus padres, y es de dos tipos legítima o ilegítima, de tal modo que la filiación del niño/a nacido en el seno de un matrimonio se establece de pleno derecho en relación con el padre y la madre<sup>9</sup>. Sin embargo, la filiación ilegítima no produce ningún efecto en relación con el padre (art.148) a excepción de la madre a quien se le atribuye el vínculo materno-filial con sus hijos que se trate de una filiación legítima o ilegítima (art. 147)<sup>10</sup>.

Esta asimetría entre la filiación paterna y materna en el CFM es la causa de una reglamentación diferenciada de dos tipos de filiaciones (materna y paterna) y permite aceptar que el hijo/a natural esté vinculado a su madre y no a su padre<sup>11</sup>.

3. La filiación paterna o *nasab* se define como el parentesco legítimo entre el padre y el hijo, que se transmite en línea familiar descendente de padres a hijos (art.150), deriva principalmente de la cohabitación “*al-firās*”<sup>12</sup>.

<sup>1</sup> Decisión nº 320, expediente nº 1391/1620/2016, 30 enero de 2017 (inérita).

<sup>2</sup> Decisión (sin número), expediente nº 246/1620/2017, 10 de octubre de 2017 (inérita).

<sup>3</sup> Dahir nº 01.04.22 (03 de febrero de 2004) promulgando la ley nº 70.03 sobre el Código de Familia.

<sup>4</sup> Dahir nº 1-11-91 (29 de Julio de 2011) promulgando el texto de la Constitución.

<sup>5</sup> A excepción de Túnez que mediante la ley de 28 de octubre de 1998 (art. 3 bis, al.4) reformada y completada por la ley de 7 de julio de 2003 ha otorgado derechos subjetivos a favor de los hijos extramatrimoniales (pensión alimenticia, nombre, tutela, guarda) permitiendo el establecimiento de la paternidad y maternidad mediante la prueba genética (art. 3 bis al. 1 y al. 2) de la misma ley. Sin embargo, cabe destacar que sigue siendo una ley incompleta por no permitir al hijo/a ilegítimo heredar de sus padres tras el reconocimiento. En R. BOUKHARI, “La filiation en droit international privé tunisien”, *Revue de droit international et de droit comparé*, 2011, nº 3, p. 420-421, pp. 399-432.

<sup>6</sup> A saber, la autoridad paterna (*wilāya*), la sucesión, la pensión alimenticia (*nafaqa*), la custodia (*ḥaḍāna*)... etc.

<sup>7</sup> El art. 148 dispone: “La filiación ilegítima en relación con el padre no producirá ninguno de los efectos de la filiación legítima”. Asimismo, el art.149 dispone: “La adopción se considera nula y no produce ninguno de los efectos de la filiación paterna legítima”. Sin embargo, en Derecho islámico existe la institución de la *kafala* (art. 149 CFM), regulada por la Ley nº 15-01 relativa a la *kafala* de los niños abandonados, de 13 de junio de 2002, cuya promulgación tuvo lugar por Dahir nº 1-02-172, de 13 de junio.

<sup>8</sup> El CFM regula la filiación en sus artículos 142 a 162.

<sup>9</sup> Lo mismo ocurre tras el matrimonio viciado (art. 59 CFM); el que resulte de relaciones sexuales por error “*šubha*” o bien de un reconocimiento de paternidad “*istilhāq*” (art.157CFM).

<sup>10</sup> En este caso, se le otorga al niño/a todos los derechos resultantes de la relación matrimonial.

<sup>11</sup> M-C FOBLETS/J-Y CARLIER, *Le Code marocain de la famille: Incidences au regard du droit privé en Europe*, Bruylant, Bruxelles, 2005, p. 77.

<sup>12</sup> Literalmente “lecho conyugal”, según el guía Practico del CFM significa “relaciones conyugales”, p. 100. Además de otros modos como “*iqrār*” o “*šubha*” (art. 152).

Es importante mencionar, que las normas regulando la filiación en el CFM tienen su fuente exclusiva en Derecho musulmán o “*fiqh*”<sup>13</sup>, recogidas en un primer momento por el Código de estatuto personal marroquí<sup>14</sup> y mantenidas por el CFM.

4. En cuanto a los medios de prueba, el art. 158 del CFM dispone que la filiación paterna se establece por la existencia de relaciones sexuales<sup>15</sup> de los padres del niño/a “*al-firāš*”; por el reconocimiento de la paternidad “*iqrār*”; por el reconocimiento de dos testigos cualificados (*adules*)<sup>16</sup>, por notoriedad pública<sup>17</sup> y, por cualquier medio legalmente previsto incluido el peritaje judicial (prueba médica)<sup>18</sup>.

5. Los supuestos en los que el CFM admite la prueba médica (ADN<sup>19</sup>) se limitan a las demandas basadas en un matrimonio válido (arts. 69-64); el reconocimiento de la paternidad “*iqrār*”; las relaciones sexuales mantenidas por error “*šubha*”<sup>20</sup>. En cuanto a las relaciones extramatrimoniales<sup>21</sup>, la legislación marroquí las excluye de la posibilidad de reconocimiento de la paternidad<sup>22</sup> y, menos haciendo uso de la prueba de ADN, varias sentencias van en este sentido<sup>23</sup>.

<sup>13</sup> “Ciencia del Derecho creada mediante la tarea de penetrar el sentido del texto sagrado –Corán y sunna– y obtener la norma para el caso concreto por resolver”, en T-M. ESTEVEZ BRASA, *Derecho civil musulmán*, Ediciones Depalma, Buenos Aires, 1981, p. 178

<sup>14</sup> Primer Código marroquí de estatuto personal codificado con fecha de 1957/1958. Dicha codificación se quedó fiel a los preceptos de la escuela *mālikī*. Esta última, Fundada por el imam *Mālik Ibn Anas al-Asbahī*. Era originario de Yemen de la tribu de *al-Asbahī*. Escribió una recopilación de *hadīces* como es *al-Muwatta’*, que trata de los aspectos principales del “*fiqh*”. Esta escuela es seguida principalmente en los países de África. Existen otras escuelas jurídicas seguidas en otros Estados islámicos: *hanafī*, *hanbalī* y *šāfe’ī*.

<sup>15</sup> Aquí cabe precisar que las relaciones sexuales son las mantenidas dentro del matrimonio, “lecho conyugal” es sinónimo de matrimonio y no puede ser asimilado a la cohabitación (relación fuera del matrimonio).

<sup>16</sup> Se trata de notarios tradicionales de derecho musulmán, dependen del Ministerio de justicia, asisten a la autoridad judicial en el otorgamiento de determinados actos, esto es, redactan y registran actas como las de matrimonio, divorcio, filiación, sucesión. R. NAJ EL MEKKAOU, *La Moudawanah (Code marocain de la famille), Le référentiel et le conventionnel en harmonie*, T3, *de la réforme de la Moudawanah a la concrétisation de son âme*, Bouregreg, Rabat, 2009, p. 343.

<sup>17</sup> Testimonio basado en los dichos o comunicación auditiva de la comunidad honorable (personas respetables). R. NAJ EL MEKKAOU, *La Moudawanah (Code marocain de la famille), Le référentiel et le conventionnel en harmonie*, T1, *Le mariage et la filiation*, Bouregreg, Rabat, 2009, p. 394.

<sup>18</sup> La prueba médica fue introducida por el legislador marroquí en el CFM (art. 158), los demás medios citados tienen su fuente en derecho musulmán. La posibilidad de recurrir a esta última en el ámbito de la filiación, se caracteriza por una ambigüedad en la redacción de los artículos que la consagran (arts. 153 y 158) debido a la terminología usada “prueba pericial” y “prueba judicial”. Se encuentra regulada en los artículos 59 a 66 del Código de Procedimiento civil considerándola como un procedimiento que puede aportar ayuda al juez durante el proceso, mientras que el CFM la considera como un instrumento de prueba (arts. 16; 158; 222). De tal modo, el legislador no se refiere de manera expresa a la “prueba médica”, y concretamente, al análisis de las huellas genéticas (ADN). En K. BERJAOU, “Evolución de las normas relativas a la filiación en Derecho marroquí”, (en árabe), *Risālat al-mouhāmat*, junio 2007, n° 27, Dār al-qalam, p. 63, pp. 63-77. Esta ambigüedad ha sido corregida mediante el Guía elaborada por el Ministerio de Justicia marroquí que menciona de forma específica, explicando el art. 153, que se trata de la prueba médica, basada en los últimos progresos científicos en este ámbito, incluidas las huellas genéticas. En *Guide Pratique du Code de la Famille*, Publications du Ministère de la Justice, Matba’ath Fadāla, 2006, p. 99.

<sup>19</sup> Estudio genético que tiene como objetivo determinar el vínculo genético ascendente en primer grado entre un individuo y su genitor.

<sup>20</sup> Es el error sobre la persona con quien se ha contraído matrimonio y hubo relaciones íntimas. “*El CFM utiliza esta expresión para referirse al acceso carnal por presunción errada de legítimo matrimonio aduciendo razones verosímiles (art. 155 del CFM). El error puede ser de hecho, de derecho o existir un error de acta (art. 147 CFM). Es la duda, incertidumbre, presunción errada de licitud, buena fe errada. Según la mayoría de los teólogos musulmanes, el error (subha) es todo error que pueda ocurrir sin que la persona pueda darse cuenta de si se trata de un acto prohibido o permitido*”. EN G. ESTEBAN DE LA ROSA (dir.), *La nueva Mudawwana marroquí: entre tradición y modernidad* (traducción comentada del Código de Familia de 2004), Sevilla: Consejería de Gobernación, Junta de Andalucía, 2009, p. 261.

<sup>21</sup> Consideradas en derecho musulmán como “*zinā*” o fornicación. Constituyen en Derecho marroquí un delito pasible de una pena de prisión de un mes a un año (art. 490 CFM).

<sup>22</sup> Es la posición del Tribunal supremo (Corte de Casación desde 2011) que, en varias ocasiones, ha confirmado en sus pronunciamientos: decisión n° 215 con fecha de 26 de abril de 2011, expediente n° 754/2/1/2009; decisión n° 481 con fecha de 26 de septiembre de 2007, expediente n° 06/2/1/2007. En M. BAFQUIR, *La Mudawwana y la jurisprudencia marroquí*, (en árabe), *Manšūrāt dirasāt qaḍā’iya, Silsilat al-qānūn wa al-‘amal al-qaḍā’i al-maghribiyayn*, Casablanca, 2014, pp. 196 y 197.

<sup>23</sup> Decisión n° 574, expediente n° 465/06, con fecha de 14 de noviembre de 2007; decisión n° 651, expediente n° 395/06, con fecha de 22 de noviembre de 2006, *ibidem*, pp. 197 y 198. También, decisión (sin número), de 17 de abril de 2008, expediente n°

### III. Una lectura en los fundamentos del TPI de Tánger

#### 1. ¿Una emblemática sentencia reconociendo la paternidad “*bunuwwa*” sin por lo tanto reconocer la filiación “*nasab*”?

6. Partiendo de la diferencia entre, de un lado, el concepto de “*bunuwwa*” que es la relación de sangre entre el hijo/a y los que le han procreado, pudiendo ser legítima o ilegítima (art. 142 CFM) y por otro, el concepto de “*nasab*” (filiación jurídica paternal) definida por el CFM como: “*El parentesco legítimo entre el padre y su hijo que se transmite en línea familiar descendente de padres a hijos*”<sup>24</sup>, el Juez reconoció a favor de la niña la “*bunuwwa*” a excepción del “*nasab*”. Esta declaración de paternidad a través de la prueba de ADN, si bien constituye un avance en la jurisprudencia marroquí<sup>25</sup> no cambia la situación jurídica de la niña porque le priva de todos los derechos otorgados a los hijos/as legítimos<sup>26</sup>.

#### 2. Fuentes de Derecho islámico

7. El Tribunal se basó principalmente en el verso coránico<sup>27</sup> que establece la obligación hecha a cargo de los padres de reconocer a sus hijos una vez que se haga efectiva tal relación, porque este reconocimiento corresponde con la equidad.

También, se ha recurrido a los *hadīces*<sup>28</sup> del Profeta y a los distintos procedimientos inventados por los jurisconsultos musulmanes o *fuqahā*<sup>29</sup> con la finalidad de dar respuestas a las nuevas problemáticas sociales. De estos procedimientos está el “*istislāh*”<sup>30</sup>. En el contexto de la decisión analizada, el interés del niño sería determinar su filiación, este interés prevalece sobre otras consideraciones de orden legal o social con el fin de protegerle contra la exclusión social, la discriminación normativa y la irresponsabilidad de su padre. Un reconocimiento que corresponde perfectamente con la equidad de la *šarī’a*<sup>31</sup>.

32/07, TPI de Zagoura. “*Dado el hecho de que la solicitud de efectuar la prueba de ADN para el reconocimiento de la filiación legal está supeditada a que la persona que la solicite esté vinculada a la demandada por una relación matrimonial o noviazgo conocido por las familias. Considerando que la solicitud de la demandante se hizo en el contexto fuera del matrimonio y del noviazgo, con lo cual no tiene fundamento y se declara su rechazo*”. (Traducción propia). En *Justice de la famille*-Revue spécialisée, Ministère de la Justice, Publications de l’Association de Diffusion de l’Information Juridique et Judiciaire (A.D.I.J.J), n° 4-5, febrero 2009, p. 267.

<sup>24</sup> Art. 151 CFM.

<sup>25</sup> Las decisiones de la jurisprudencia marroquí, que sea antes o después del Protectorado, condenando al padre a pagar una indemnización en concepto de alimentos al niño/a y a la madre a base del reconocimiento de la paternidad, vinculaba, únicamente, a extranjeros no musulmanes. Tratándose de marroquíes, les era prohibido la presentación de una acción de reconocimiento de la paternidad, así como la demanda de alimentos; además de ser condenados por fornicación o adulterio. En M. CHAFI, “L’enfant né hors mariage au Maroc”, *Revue Marocaine de Droit et d’Economie du Développement*, n° 19, 1989, P. 146, pp.133-152.

<sup>26</sup> Se trata de la sucesión, la pensión alimenticia, la existencia de los impedimentos matrimoniales, así como los derechos y obligaciones derivados de la parentalidad contenidos en el art. 54 CFM.

<sup>27</sup> Sura 33, 5: “*Llamadles por su padre. Es más equitativo ante Dios. Y, si no sabéis quién es su padre, que sean vuestros hermanos en religión y vuestros protegidos. No incurris en culpa si en ello os equivocáis, pero sí si lo hacéis deliberadamente. Dios es indulgente, misericordioso*”. Versión Castellana de Julio Cortés, Centro Cultural Islámico Fátimah Az-Zahra - Publicaciones Electrónicas, pp. 32 y 33.

<sup>28</sup> Se trata de las “*Narraciones que representaran los dichos y hechos del Profeta*”, su conjunto forma la “*sunna*” del Profeta “*Conducta o tradición del Profeta*”, en T-M. ESTEVEZ BRASA, op. cit., p. 153.

<sup>29</sup> Son “*juristas especializados en el Derecho Islámico. La palabra castellana alfaquíes deriva de la misma en singular (al-faqīh)*”. En G. ESTEBAN DE LA ROSA (dir.), op. cit., p. 256.

<sup>30</sup> Es el interés o bien público en beneficio general de la comunidad. En este sentido, para IBN ROCHD (Abū l-Walīd’ Aḥmad ibn Muḥammad ibn Rušd) al igual que para el rito *malikī*, el interés debe prevalecer aunque no se basa en ningún texto de Derecho musulmán. En *Bidāyat al-mouytahid wa nihāyat al-muktašid*, T 1, Egypto, Maktabat al-kouliyāt al-azharia, 1982, p. 270. Asimismo, se recurría a un procedimiento llamado “*al-qiyāfa*” consistiendo en que una persona especializada en este ámbito llamada “*al-qāif*”, confirma la existencia del vínculo paterno familiar entre el padre y el hijo basándose en el parecido entre los cuerpos de ambos y, en particular, los pies. Son procedimientos reconocidos por parte de los jurisconsultos musulmanes (particularmente la escuela *malikī* y *šāfe’ī*. En A. EL KHAMLI, *Comentario sobre la ley de estatuto personal: efectos del nacimiento, la capacidad y la tutela legal*, (en árabe), T2, Dār a-nnašr wa al-ma’rifā, Rabat, 1994, p. 66.

<sup>31</sup> Literalmente es el camino a seguir, es el conjunto de las reglas que fijan la conducta de los musulmanes en la legislación islámica, sus principales fuentes son el Corán y la *sunna*.

8. Si bien existe en las fuentes primarias (Corán y *sunna*) normas a favor del reconocimiento de la filiación extramatrimonial, la posición dominante de los “*fuqahā*” a través de la interpretación de dichas fuentes es el rechazo de dicha filiación.

Esta posición conduce a otorgar exclusividad a los medios de prueba de Derecho musulmán<sup>32</sup>, que son propios a un contexto histórico donde no existía la prueba del ADN. Esta supremacía vence la prueba genética en el reconocimiento de la filiación extramatrimonial creando un desfase con el progreso científico hoy en día.

De hecho, no se trata de la imposibilidad de probar la filiación natural<sup>33</sup>, sino de la concepción que tiene el Derecho musulmán de las relaciones sexuales<sup>34</sup>.

9. Por otro lado, cabe destacar que la posición de rechazo ante el reconocimiento de la filiación extramatrimonial tiene su base en el consenso unánime (*iḥmā*)<sup>35</sup> de los jurisconsultos de Derecho musulmán<sup>36</sup>. Sin embargo, relevantes autores de los cuales M. EL KHAMLI, consideran que no existe unanimidad sobre esta cuestión<sup>37</sup>. Efectivamente, si la corriente dominante considera que el hijo/a extramatrimonial no puede vincularse a su padre (escuelas jurídicas *mālikī*, *šāfi* *ī*, *ḥanbalī* y *ḥanafī*) otros estiman que se puede establecer dicha relación paterno-filial (parte de los *mālikī* y *ḥanafī*).

10. Partiendo de estas premisas, se hace preciso destacar el carácter positivo del Derecho musulmán así que su fuerte vinculación a las circunstancias de su elaboración<sup>38</sup>.

Las normas regulando la filiación extramatrimonial son el resultado del *iḥtihād*<sup>39</sup> o “esfuerzo intelectual” de los jurisconsultos musulmanes. Son normas basadas en las convicciones personales y en las circunstancias sociales de una época determinada, en consecuencia, no tienen carácter imperativo.

11. Por tanto, cuando una disposición resulta contradictoria con los principios de justicia y de equidad, como finalidad de toda norma jurídica, debe ser revisada o eliminada. Es la idea por la cual aboga IBN ROCHD cuando afirma: “*Es preciso liberarse de las codificaciones de las escuelas islámicas consideradas como parte integrante del fiqh o Derecho musulmán de obligado cumplimiento y, ba-*

<sup>32</sup> “*Al-firās*”; testimonio de dos *adules* “*iḥād al-ṣuhūd*”; “*al-iqrār*”.

<sup>33</sup> Ya que en otros casos se admite la prueba del ADN como es el caso de los conflictos sobre la maternidad de un niño/a, el reconocimiento o denegación de la filiación resultante de la relación matrimonial.

<sup>34</sup> Que condena las relaciones extramatrimoniales. En S. BEN HALIMA, “L’enfant en droit privé”, *Actualités juridiques tunisiennes*, Actes du Colloque organisé par l’Association Tunisienne de Droit Privé, Tunis les 12-13 décembre 2002, Faculté de Droit et des sciences politiques de Tunis, n° 16, 2003, p. 26. En el mismo sentido, afirma S. JAHEL, el carácter de crimen contra la religión que constituye el acto sexual ilícito explica la severidad del sistema y con ello la imposibilidad de reconocer un hijo natural. S. JAHEL, *La place de la chari’a dans les systèmes juridiques des pays arabes*, LGDJ, Paris, 2012, p. 144.

<sup>35</sup> Cabe mencionar que en Derecho comparado, los ordenamientos jurídicos de todos los Estados islámicos rechazan el reconocimiento de la paternidad en los supuestos de las relaciones extramatrimoniales, un rechazo basado exclusivamente en la unanimidad de los jurisconsultos musulmanes. En M. EL KACHBOUR, *Paternidad y filiación en la Mudawwana-lectura de las novedades: Estudio comparativo de las normas legales y de Derecho musulmán* (en árabe), *Silsilat a-d-dirāsāt al-qānūniya al-mou āsira*, n° 14, 2007, p. 33.

<sup>36</sup> “*El Derecho musulmán o el “fiqh” es un Corpus de reglas jurídicas que trata de todos los problemas de la vida en sociedad. Este monumento jurídico ha sido desarrollado por centenares de autores en miles de obras referentes a las distintas ramas del Derecho: derecho penal, estatuto personal, derecho de bienes raíces (contratos y obligaciones) o contencioso administrativo...etc.*”, M. CHARFI, *Islam y libertad: el malentendido histórico*, Almed, Granada, 2001, p. 73. Cabe mencionar que en Derecho comparado, los ordenamientos jurídicos de todos los Estados islámicos rechazan el reconocimiento de la paternidad en los supuestos de las relaciones extramatrimoniales, un rechazo basado exclusivamente en la unanimidad de los jurisconsultos musulmanes. En M. EL KACHBOUR, *Paternidad y filiación en la Mudawwana-lectura de las novedades: Estudio comparativo de las normas legales y de derecho musulmán* (en árabe), op. cit., p. 33.

<sup>37</sup> A. EL KHAMLI, Comentario sobre la ley de estatuto personal, op. cit., p. 92 y 93. Esta opinión, se ha plasmado con anterioridad con IBN ROCHD cuando afirma: “*La imposibilidad de la unanimidad general*”, en IBN ROCHD, ‘*Faṣl al-maqāl*’ (*Discurso decisivo*), Beyrouth, Dār al-maṣriq, 1973, p. 73.

<sup>38</sup> A. MEZGHANI, “Réflexions sur les relations du Code de statut personnel avec le droit musulman classique”, *Revue tunisienne de Droit*, Imp. G.I.S.T, Sfax, 2ème semestre, 1975, p. 59, pp. 53-84.

<sup>39</sup> Es la opinión personal de un doctor musulmán, en fin de solucionar un problema que no tiene respuesta en las diferentes fuentes directas o indirectas. En S. MAHMASSANI, *La filosofía de legislar en el Islam: Estudio comparativo de los ritos islámicos y los sistemas legales modernos*, (en árabe), Dar al ‘ilm lil malāyin, 1980, Bayrouth, p. 21.

sarse en la razón -el uso objetivo de la razón-(*dañl al- 'aql*) cuando no existe un verso coránico sobre alguna cuestión”<sup>40</sup>.

12. Esta última constatación nos lleva a concluir que el Derecho musulmán no es inmutable, sino es susceptible de renovarse, de adaptarse a los cambios sociales y a los avances científicos<sup>41</sup>. Efectivamente, el mantenimiento de algunas instituciones desfavorables hacia las mujeres y los niños/as no tiene su causa en “*El carácter inmóvil de los orígenes del Derecho marroquí, sino en las posiciones conservadoras de los diferentes codificadores que han optado por el inmovilismo*”<sup>42</sup>. La cuestión de la filiación ilegítima suscita, hoy en día, un “*Enfrentamiento entre la tradición y la modernidad, una tradición jurídica que una interpretación literal impide de conciliar con la modernidad científica*”<sup>43</sup>.

Este caso al igual que el asunto *Belakhdim*<sup>44</sup> muestra de manera clara “*La posición tradicionalista que hace prevalecer la doctrina “fiqhiste” del lecho conyugal contra la prueba de ADN*”<sup>45</sup>. Cabe gran relevancia destacar que tras la entrada en vigor del CFM, el Tribunal Supremo<sup>46</sup> procedió a afirmar su posición que hace prevalecer los medios de reconocimiento tradicionales sobre la prueba de ADN.

### 3. La regulación marroquí sobre filiación ilegítima: ¿una norma inconstitucional?

13. El art. 32.3 de la CM dispone: “*El Estado asegura una protección jurídica y una igual consideración social y moral a todos los niños, con independencia de su situación familiar*”<sup>47</sup>. Basándose en estas disposiciones, el Juez ha considerado que la niña debe ser vinculada a su padre independientemente de su situación familiar (que sea hija legítima o ilegítima) tal como proclama la CM.

14. A nuestro entender, este precepto no deja duda de que todos los niños/as son iguales ante la ley y merecen el mismo trato, con lo cual sus derechos y obligaciones en relación con sus padres y la sociedad<sup>48</sup> han de ser idénticos con independencia de que hayan nacido dentro o fuera del matrimonio. Efectivamente, el art.32.3 de la CM al reconocer a los menores de edad una igual protección jurídica<sup>49</sup>; una protección social<sup>50</sup> y una protección moral<sup>51</sup>, pretende hacerles beneficiar del disfrute

<sup>40</sup> IBN ROCHD, op. cit., p. 1, (traducción propia).

<sup>41</sup> Distintas instituciones de Derecho musulmán que han sido eliminadas sin invocar su carácter religioso o sagrado tales como “*al-inzāl*”, “*al-kirdār*”, “*al musākat*”...etc. En M. CHARFI, op. cit., p. 75. Otras instituciones fueron prohibidas para luego admitirlas como es el caso del préstamo con intereses, prohibido en una época durante la cual el capital financiero no tenía ningún rol, sin embargo la interdicción fue retirada cuando este interviene en la vida económica, en A. MEZGHANI, op. cit., p. 60. Asimismo como avanza S. JAHEL “*Efectivamente, para dar repuestas a las exigencias de la vida cotidiana, los jurisconsultos se han esforzado en disminuir el rigor de los principios establecidos para asegurar la perfectibilidad del hombre, es el caso de los subterfugios jurídicos o “hiyal” destinadas a desviar las reglas difícil a soportar*”. En S. JAHEL, op. cit., p. 141.

<sup>42</sup> K. ZAHER, “*Quel accueil en France pour les divorces prononcés au Maghreb?*”, en *Revista Rihāb al- mahāquim*, n° 5, abril 2010, p. 15, pp. 5-18.

<sup>43</sup> F-P. BLANC, “*La présomption al-walad li-l-firās et les tests ADN- la position du droit marocain: à propos de l’arrêt Bel-lakhdim contre Ijourk rendu par la cour d’appel d’el Jadida le 29 avril 2003, Revue franco-maghrébine de droit*, n° 12, 2004, p. 243, pp. 243-264.

<sup>44</sup> “*Un asunto que enfrente en materia de derecho internacional privado dos concepciones de orden público, uno islámico prevaleciendo “l’enfant du lit” contra la solución occidental secular y positivista del ADN*”. En M. MOUATIQ, “*Disposition culturelle/axiologique du juge et interprétation du nouveau Code de la famille*», en *Le Code de la famille: perceptions et pratiques judiciaires*, M. BENRADI, H. ALAMI M’CHICHI, A. OUNNIR y [A], Friedrich Ebert Stiftung, 2007, pp. 176 y 177, pp. 141-188.

<sup>45</sup> Ibidem, p. 142, (traducción propia).

<sup>46</sup> Decisión n° 658, con fecha de 30 de diciembre 2004, expediente n° 556/2/1/2003. En A. ZOUGARI, “*El reconocimiento de la filiación*”, (en árabe), *Revista Al-moulhaq al-qadāi*, n° 40, enero 2007, p. 7, pp. 7-17.

<sup>47</sup> Asimismo el art. 32.3 de la CM afirma en su Preámbulo que Marruecos reafirma y se compromete a: “*Abolir y combatir toda discriminación contra cualquiera, por razón de sexo, color, creencias, cultura, origen social o regional, lengua, incapacidad o cualquier otra circunstancia personal; [...]*”.

<sup>48</sup> El hijo ilegítimo, como cualquier otro ciudadano, participa en la defensa de la patria; contribuye a las cargas públicas, arts. 38-39 y 40 de la CM. En M. CHAFI, “*L’enfant né hors mariage au Maroc*”, op. cit., p. 152.

<sup>49</sup> Derechos económicos que son la sucesión, la pensión alimenticia, preservar su identidad en lo que se refiere a sus nombres, nacionalidad e inscripción en el RC...etc.

<sup>50</sup> Acceder a un estatuto familiar protector.

<sup>51</sup> Garantizándoles un crecimiento normal físico como psíquico.

de todos sus derechos, tal protección debe ser entendida en su sentido más amplio incluyendo a todos los menores.

Sin embargo, estos principios de igualdad y no discriminación resultan vulnerados cuando el Juez reconoce a la niña la paternidad “*bunuwwa*” a excepción de la filiación “*nasab*”.

15. Partiendo de estas premisas, resulta que la ley contenida en el CFM es una ley discriminatoria en relación con los hijos extramatrimoniales por razón de nacimiento y con ello vulnera los principios constitucionales, en particular, el art. 32.3. En consecuencia, se convierte en una ley contraria a una norma superior contenida en la CM, estos es, una norma inconstitucional que ha de ser eliminada por atentar a los derechos garantizados a los niños/as por la CM. Cabe señalar que esta última, otorga el derecho de invocar una cuestión de inconstitucionalidad conforme a sus arts. 133 y 134<sup>52</sup>. A nuestro juicio, en estos casos, la invocación de una cuestión de inconstitucionalidad queda la única salida porque la violación de la Constitución por una ley injusta es el único instrumento eficaz de contestar esta ley<sup>53</sup>.

#### 4. ¿Dilema: Derecho material o instrumentos internacionales?

16. El Tribunal se basó en los convenios internacionales ratificados por Marruecos, básicamente, la *Convención sobre los derechos del Niño*<sup>54</sup> comprometiéndose a cumplir con sus disposiciones, concretamente, en lo que se refiere a la filiación, el art. 2 sobre la no discriminación<sup>55</sup> y el art. 7 sobre la inscripción, nombre y nacionalidad<sup>56</sup>. Y, el *Convenio de Estrasburgo* sobre el ejercicio de los derechos del niño de 25 de enero 1996<sup>57</sup>.

17. Los convenios internacionales ratificados por Marruecos abogan por el interés superior del niño, un principio que, hoy en día, ocupa un lugar central en el Derecho de familia y del niño<sup>58</sup>. Por lo tanto, los jueces a la hora de decretar, deben considerar no solamente el Derecho material (CFM), sino también los convenios internacionales. Estos últimos deben ser promovidos con el fin de conseguir los objetivos requeridos por su elaboración y ratificación. La CM, en su preámbulo, proclama expresamente

<sup>52</sup> El derecho de plantear la inconstitucionalidad de una norma jurídica o una decisión judicial está previsto por la CM en su art. 133: “*El Tribunal Constitucional es competente para conocer de la cuestión de inconstitucionalidad planteada en el curso de un proceso, cuando una de las partes sostenga que la ley de la que depende el fallo del litigio, atenta a los derechos y libertades garantizados por la Constitución*”. Asimismo el art. 134 dispone: “*Una disposición declarada inconstitucional sobre el fundamento del artículo 132 de la presente Constitución no puede ser promulgada ni puesta en aplicación*”.

<sup>53</sup> Porque cualquier contestación de dicha ley injusta quedara en el “*verbiage*” filosófico o polémico. En R. DRAGO, “*La méthode législative a la lumière du juste et de l’injuste*”, *De l’injuste au juste*, Dalloz, Paris, 1997, p. 68.

<sup>54</sup> Adoptada por la Asamblea General de las Naciones Unidas el 20 de noviembre 1989, ratificada por Marruecos por dahir de 21 de junio de 1993, B.O n°4440, p. 2847 dahir n° 1.93.363 de 21 noviembre 1996.

<sup>55</sup> “*1. Los Estados Partes respetarán los derechos enunciados en la presente Convención y asegurarán su aplicación a cada niño sujeto a su jurisdicción, sin distinción alguna, independientemente de la raza, el color, el sexo, el idioma, la religión, la opinión política o de otra índole, el origen nacional, étnico o social, la posición económica, los impedimentos físicos, el nacimiento o cualquier otra condición del niño, de sus padres o de sus representantes legales. 2. Los Estados partes tomarán todas las medidas apropiadas para garantizar que el niño se vea protegido contra toda forma de discriminación o castigo por causa de la condición, las actividades, las opiniones expresadas o las creencias de sus padres, o sus tutores o de sus familiares*”.

<sup>56</sup> “*El niño será inscrito inmediatamente después de su nacimiento y tendrá derecho desde que nace a un nombre, a adquirir una nacionalidad y, en la medida de lo posible, a conocer a sus padres y a ser cuidado por ellos*”. En el mismo orden de ideas, Marruecos ha puesto en marcha varios mecanismos institucionales para proteger a los menores en situación de desamparo, citaremos, el *Observatorio Nacional de los Derechos del Niño*; el *Parlamento del Niño* y la *Liga Marroquí para la protección de la infancia*; también sus programas nacionales como la *Iniciativa Nacional para el Desarrollo Humano (INDH)* y el *Plan de acción nacional para un Marruecos digno de sus niños*. Todos estos mecanismos tienen como misión introducir cambios efectivos para mejorar la situación de todos los menores, protegerles y preservar sus derechos a nivel jurídico como social, sin lo cual su razón de ser es totalmente simbólica.

<sup>57</sup> Ratificado por Marruecos por dahir de 27 de marzo de 2014, BO n° 6242.

<sup>58</sup> D. BUREAU/H. MUIR WATT, *Droit international privé*, T II (partie spéciale), 2 Ed, Thémis, Presses Universitaires de France, 2010, p. 160.

la supremacía de los convenios internacionales ratificados por Marruecos sobre el derecho interno<sup>59</sup>, lo que conduce a armonizar las disposiciones de este último con las de los convenios internacionales.

**18.** Ahora bien, esta afirmación debe ser matizada debido, por un lado, a las disposiciones contenidas en la CM que supeditan la supremacía de dichos convenios al “*Respeto de las disposiciones de la Constitución, de las leyes del Reino y de su identidad nacional inmóvil*”. Aquí, cabe preguntarse: si las disposiciones del CFM basadas en Derecho musulmán son disposiciones inmutables y forman parte integrante de la identidad nacional, en consecuencia, no pueden ser sustituidas por las disposiciones de las convenciones internacionales. Y, por otro, debido a las reservas emitidas contra algunas disposiciones de los Convenios y pactos internacionales<sup>60</sup>.

A nuestro juicio, consideramos que cuando una disposición de los convenios internacionales choca con una norma de Derecho musulmán conduce a la eliminación de la primera y la supremacía de la segunda. Esta sentencia es un buen ejemplo de ello porque a pesar de que el Juez del TPI, para dar una solución “relativamente” satisfactoria al caso, ha recurrido a los convenios internacionales debidamente ratificados por Marruecos, su solución fue rechazada en segundo grado dando primacía a la norma contenida en Derecho interno.

No cabe duda que al supeditar la supremacía del Derecho internacional convencional al respeto de la “*identidad nacional inmóvil*” del Reino, en la cual predomina la religión musulmana, se ha introducido una relevante reserva para la efectividad de esta nueva jerarquía normativa<sup>61</sup>.

**19.** Asimismo, se puede preguntar si el Juez marroquí, en su búsqueda de la solución que se adecua a la justicia, se encuentra libre a recurrir directamente a las disposiciones de los convenios internacionales ratificados por Marruecos.

Algunos autores<sup>62</sup> consideran que tal posibilidad está descartada por dos razones. Primero, debido a que la función judicial es una función delegada<sup>63</sup>, el Juez es el representante del Rey, comandante de los creyentes (*amīr al-mu'minīn*) y el protector de la religión<sup>64</sup>. Segundo, la disposición del art. 400<sup>65</sup> del CFM hace del recurso a las disposiciones de la escuela *mālikī* y a la jurisprudencia una obligación a cargo de los magistrados<sup>66</sup>.

En consecuencia, el margen de libertad otorgado a los Jueces para elegir la norma aplicable (nacional o internacional) queda muy limitado. Asimismo, no hay que olvidar otros factores que influ-

<sup>59</sup> “*Otorgar a las convenciones internacionales, debidamente ratificadas por él, en el marco de las disposiciones de la Constitución y de las leyes del Reino, en el respeto de su identidad nacional inamovible, y desde la publicación de estas convenciones, la primacía sobre el Derecho interno del país, y armonizar en consecuencia las disposiciones pertinentes de su legislación nacional*”.

<sup>60</sup> No obstante, cabe mencionar que siguiendo su política de armonización de su legislación interna con la internacional, Marruecos ha retirado algunas reservas: el 8 de abril 2011 sus reservas al párrafo 2 del art 9 y 16 de la CEDAW; el 19 de octubre 2006 su reserva al art. 14 de la Convención sobre los derechos del Niño, referida al derecho de elegir su religión reemplazándola por una declaración interpretativa.

<sup>61</sup> D. MELLONI, “La Constitution marocaine de 2011: Une mutation des ordres politique et juridique marocains», *Pouvoirs (Revue française d'études constitutionnelles et politiques)*, n° 145, Le Maroc, avril 2013, p. 16, pp. 5-15.

<sup>62</sup> M-C. FOBLETS/M. LOUKILI, “Mariage et divorce dans le nouveau Code marocain de la famille”, en *Revue Critique de Droit International Privé*, n° 3, julio- septiembre, 2006, p. 553 y 554, pp. 457-742.

<sup>63</sup> En Marruecos, el ámbito judicial está estructurado en lo que se refiere a su funcionamiento, al menos a nivel de sus altas esferas, por un referencial religioso que reenvía a la teoría de la delegación del poder judicial en derecho público musulmán. En N. BERNOUSSI/A. EL MASLOUHI, “Les chantiers de la “bonne justice”: Contraintes et renouveau de la politique judiciaire au Maroc”, *Revue française de droit constitutionnel*, 2012/3, n° 91, p. 483, pp. 479-510.

<sup>64</sup> El Rey en su calidad de garante del Islam y sus disposiciones, su poder tiene su legitimidad directamente de la tradición islámica, en consecuencia, no puede contradecir los valores fundamentales arraigadas en la mentalidad de toda una sociedad, consideradas como derivadas directamente del Corán y por ende sagradas. En este sentido, como lo explica B. BOTIVEAU, la misión del Príncipe, como garante de un ordenamiento jurídico basado en la *šarī'a*, no es solamente gobernar sino gobernar de conformidad con este orden. B. BOTIVEAU, “Droit islamique: du politique à l'anthropologique”, *Droit et société*, n°15, 1990, Le changement juridique dans le monde arabe: jalons théoriques, p. 162, pp. 161-174. Esta idea se encuentra confirmada en el discurso del Rey a la ocasión de la promulgación del CFM plasmado en su Preámbulo cuando afirma: “*No puedo, en mi calidad de Amir al-Mu'minin, autorizar lo que Allah prohibió, ni prohibir lo que Él autorizó [...]*”, Preámbulo del CFM, p. 38.

<sup>65</sup> El art. 400 dispone: “*Todo lo que no regule el texto de este Código se someterá a la Escuela Malikí y al esfuerzo intelectual (iytiḥad) con la finalidad de que se cumplan los valores del Islam de justicia, igualdad y buena convivencia*”.

<sup>66</sup> M-C. FOBLETS/M. LOUKILI, “Mariage et divorce dans le nouveau Code marocain de la famille”, op. cit., p. 553 y 554.

yen en dicha elección como son la mentalidad dominante en el cuerpo de la magistratura (una postura muy tradicional) y sobre todo el miedo de ser cuestionados si se oponen a normas erigidas en principios sagrados<sup>67</sup>. Efectivamente, el poder de interpretación del Juez marroquí está sometido a la intervención del poder ejecutivo y administrativo; su función dirigida y orientada por las autoridades políticas<sup>68</sup>.

## 5. ¿Pensión alimenticia o reparación del daño causado?

**20.** La legislación marroquí otorga el derecho de obtener una compensación a toda persona que haya sufrido un perjuicio, sea pariente o no del demandado<sup>69</sup>, en este sentido, el hijo/a natural está considerado como un tercero que debe probar el perjuicio sufrido mediante hechos, otros que el parentesco<sup>70</sup>. El Juez se basó sobre el hecho de que el demandado fue condenado en 2016 a un año de prisión firme por libertinaje<sup>71</sup> (relaciones sexuales fuera del matrimonio), ello constituye una falta de la cual nació la niña, causándole un perjuicio. Esta disposición permitió al Juez determinar la responsabilidad del demandado y reparar el daño mediante el otorgamiento de una indemnización a la niña<sup>72</sup>.

**21.** Esta solución emana también del art. 148 del CFM<sup>73</sup>, que siguiendo al *Guía Practico del CFM*, “*Cuando el hijo es ilegítimo, el padre no está obligado en cuanto a los efectos de la filiación. Sin embargo, nada impide la posibilidad de recurrir a las reglas generales relativas a la indemnización por el perjuicio sufrido por parte de la persona que está al origen del nacimiento fuera del marco permitido por la ley*”<sup>74</sup>.

**22.** Por un lado, esta disposición limita el poder del juez obligándole a otorgar a la niña, únicamente, una indemnización en lugar de una pensión alimenticia (así como los demás derechos). Por otro, si bien el objetivo requerido a través de esta norma es salvaguardar algún derecho de los hijos/as naturales, consideramos que resulta insuficiente y sobre todo constituye un obstáculo para una efectiva regulación de la filiación extramatrimonial.

A nuestro juicio, hacer responsabilizar al padre biológico, aunque parcialmente, a través del pago de una indemnización a la niña, en lugar de otórgale todos sus derechos constituye una solución que solo hace reforzar la discriminación y a mantenerla. Además refleja una dualidad en el trato de la cuestión de los hijos/as naturales privándoles por un lado, de sus derechos legítimos y reconociéndoles por otro, un derecho a una indemnización como si fueran niños de segunda categoría.

**23.** Por último, cabe mencionar que la decisión de la CA que caso la sentencia del TPI fue muy retrograda y lamentable. El Juez se basó únicamente en algunas referencias irrelevantes y contradicto-

<sup>67</sup> Pudiendo generar repercusiones negativas sobre su carrera y promoción.

<sup>68</sup> Un guía de aplicación del CFM elaborado por el Ministerio de Justicia contiene las directivas del Rey orientando la aplicación de dicho Código. En M. MOUATIQ, “Disposition culturelle/axiologique du juge et interprétation du nouveau Code de la famille», en *Le Code de la famille: perceptions et pratiques judiciaires*, M. BENRADI, H. ALAMI M’CHICHI, A. OUNNIR y [AI], Friedrich Ebert Stiftung, 2007, p. 158, pp. 141-188.

<sup>69</sup> Basándose en la responsabilidad civil delictual contenida en el art. 77 del DOC (Código de las Obligaciones y de los Contratos), promulgado por dahir de 12 de agosto 1913 y modificado por la Ley sobre el Intercambio Electrónico de Información. Según este artículo: “*Cualquier hecho de cualquier hombre que, sin la autoridad de la ley, a sabiendas y con conocimiento, provoca voluntariamente a otro un daño material o moral, obliga a su autor reparar dicho daño, cuando se establece que este hecho fue la causa directa*”. (Traducción propia).

<sup>70</sup> A. EL KHAMLICHI, La responsabilidad civil de los padres en relación con sus hijos menores, (en árabe), Matba’at a-nnajāh al-jadīda, Casablanca, 1982. P. 73.

<sup>71</sup> Por la cual el demandado ha sido condenado (decisión n° 4345, con fecha de 16 de marzo de 2016, expediente n° 278/17/2102, del TPI de Tánger).

<sup>72</sup> Esta solución recogida por el *Guía practico* del CFM que en su comentario del art. 148 relativo a la filiación ilegítima dispone: “*Cuando el hijo es ilegítimo, el padre no responde a los efectos de la filiación legítima. Sin embargo, nada impide la posibilidad de recurrir a la aplicación de las reglas generales relativas a la indemnización del perjuicio ocasionado por la persona quien fue la causa de un nacimiento fuera del margen permitido por la ley*”. (Traducción propia), en *Guide Pratique du Code de la Famille*, Publications du Ministère de la Justice, Matba’ath Fadāla, 2005, p. 95.

<sup>73</sup> Dispone: “*La filiación ilegítima en relación con el padre no producirá ninguno de los efectos de la filiación legítima*”.

<sup>74</sup> (Traducción propia).



rias de Derecho musulmán. Además, hizo uso de una interpretación muy restrictiva sino ignorando las disposiciones del CFM (art. 148) y con ello denegando la posible indemnización de la niña. Tal decisión es el reflejo de un excesivo inmovilismo y una mentalidad retrograda que domina el ámbito de la magistratura, influenciada por los dogmas de Derecho musulmán, de las costumbres y las tradiciones que en algunos casos conduce a sentencias que carecen de lógica.

24. En este sentido, para M. LOUKILI a pesar de una moderna formación de los jueces marroquíes, tienen tendencia a aplicar de manera tradicional las disposiciones del CFM. Ello tiene su causa en la fuente misma de dicho Código, concretamente, en las reglas ancestrales de Derecho musulmán. Asimismo, los jueces se encuentran enfrentados a un contexto social caracterizado por la vigencia de estructuras familiares patriarcales y un regreso de la sociedad marroquí a una forma de religiosidad más bien retrograda<sup>75</sup>.

#### IV. Reflexión final

25. No cabe duda que, hoy en día, Marruecos está experimentando una complejidad de su realidad social, cultural y económica. La voluntad del Estado marroquí de inscribirse en un marco moderno que refleja la imagen del Estado de Derecho contradice con las estructuras tradicionales vigentes y con ciertas normas vigentes en el ámbito familiar.

26. A la hora actual, no se debe limitar a las soluciones del “*fiqh*” y tener refugio en la mera tradición. Se hace preciso una lectura innovadora de este legado que ha de estar adaptado al contexto social actual y, en consecuencia, proceder a reformar el arsenal jurídico relacionado con el Derecho de familia como elemento fundamental en la construcción de la sociedad.

27. En el contexto de dicha reforma, el codificador marroquí no debe ser prisionero de un *Corpus* que contiene un conjunto de normas injustas y discriminatorias<sup>76</sup>, esto es, debe encontrar soluciones adaptadas a la realidad social, para ello, es necesario que disponga de la libertad de escoger la norma más garantizadora de la justicia y la igualdad.

28. La regulación marroquí relativa a la filiación extramatrimonial en lugar de promover la integración de los niños/as naturales en el seno de su familia y de la sociedad, constituye un factor de exclusión y segregación. Una exclusión jurídica, social y económica que genera consecuencias relevantes sobre su vida en sociedad.

29. Aquí se puede preguntar sobre la finalidad de esta norma discriminatoria. Si el objetivo es disuadir las personas de mantener relaciones extramatrimoniales porque están consideradas contrarias a la moral y a la conducta que debe observar un buen musulmán, su cumplimiento no debe en ningún caso tener repercusión sobre los derechos de los niños/as fruto de estas relaciones. No se debe hacer recaer sobre ellos el peso de la ley, la mentalidad conservadora del codificador, de los jueces y de la sociedad.

30. Considerando la realidad social marroquí a día de hoy se desprende la ineficacia de esta norma debido al significativo aumento en el número de los niños/as naturales. Los cambios sociales

<sup>75</sup> M. LOUKILI, “La jurisprudence marocaine relative à l’application du Code de la Famille”, *Le Code marocain de la famille en Europe: Bilan compare de dix ans d’application*, M-C. FOLETS (dir.), La Charte, 2016, p. 70 y 71, pp. 69-84.

<sup>76</sup> Básicamente, cuestiones como es el caso de otorgar la *wilāya* o patria potestad al padre a excepción de la madre; el matrimonio de la musulmana con el no-musulmán; la no vocación sucesoria entre un musulmán y un no musulmán; la vigencia del llamado “*ta’sīb*” que es un mecanismo de derecho musulmán que consiste en buscar un heredero masculino para participar en la sucesión cada vez que las herederas son únicamente niñas, v. *Asaba* (sing. *asib*): herederos agnados; el matrimonio de los menores; en materia de custodia está la cuestión de la madre que pierde la custodia de los hijos al volver a casarse mientras que el matrimonio del padre no le hace perder la custodia.

y las mutaciones profundas que está experimentando la sociedad marroquí<sup>77</sup> deben necesariamente ir acompañados de manera paralela de una reforma legislativa adecuada que responda a dichos cambios.

**31.** El compromiso de Marruecos a nivel internacional impone la necesidad de proceder a armonizar las disposiciones de su legislación interna con las normas de los convenios internacionales. Esta armonización es imprescindible cuando se trata de los derechos de personas vulnerables (la mujer y los niños/as), especialmente, en una sociedad que responsabiliza a la mujer a excepción del hombre<sup>78</sup>, como lo subraya M. CHAFI, “*También está el padre que esta ignorado por la ley y por la sociedad, pero conocido por la madre y siendo, igualmente un elemento activo en la concepción del niño/a*”<sup>79</sup>.

En todos los asuntos relacionados con los niños/as, el interés superior del menor como principio fundamental debe prevalecer sobre cualquier otra consideración, especialmente, frente a las estructuras tradicionales rectoras de la vida privada.

**32.** Este tipo de decisión constituye la ocasión para abrir el debate y encontrar soluciones efectivas y eficientes a la problemática de las madres solteras y los niños/as naturales en lugar de constituir una afirmación de la regresión a nivel jurídico y científico.

**33.** Dado el hecho de que la madre es residente en España, se puede preguntar sobre los eventuales efectos de esta decisión ante las autoridades españolas en cuanto a su reconocimiento<sup>80</sup> para una posible inscripción de la niña en el Registro Civil español.

Como punto de partida, la regulación de la filiación en el ordenamiento español y marroquí se basa en concepciones distintas. Así pues, en la regulación española, el *favor filii* se identifica con la obtención de la verdad biológica en tema de paternidad mientras que en el ordenamiento marroquí se identifica como el *favor legitimatis* vinculado al carácter legítimo de la filiación<sup>81</sup>.

Se puede afirmar que esta decisión se encuentra en absoluta contrariedad con el orden público internacional español que actúa frente a las leyes cuya aplicación resulte incompatible con los principios básicos de Derecho español<sup>82</sup>.

Efectivamente, en España, al igual que los demás países europeos, la Constitución española (CE)<sup>83</sup> establece la absoluta igualdad ante la ley de los hijos matrimoniales y extramatrimoniales y los consiguientes deberes de los padres en cualquiera de ambos casos (art. 39.2 y 3). En este sentido, la CE ordena y asegura la investigación de la paternidad que deberá ser posibilitada por la ley (art. 39.2) y

<sup>77</sup> El aumento del número de las madres solteras que según los datos del estudio “*El Marruecos de las madres solteras*” efectuado por la asociación INSAF (*Institution Nationale de Solidarité avec les Femmes en détresse*) en el año 2010, con el apoyo del Fondo de las Naciones Unidas para la Mujer, en Marruecos nacen cada año más de 50.000 niños fuera del matrimonio, de los cuales casi 9.000 son abandonados (<https://www.facebook.com/pg/Association-INSAF-1431932187078362/posts/>).

<sup>78</sup> La madre debe soportar la carga de la educación del hijo/a, sus alimentos, hacer frente a la sociedad, asumiendo el estatus de madre soltera.

<sup>79</sup> M. CHAFI, “L’enfant né hors mariage au Maroc”, op.cit., p. 152.

<sup>80</sup> Este reconocimiento está regulado y supeditado al cumplimiento de las condiciones exigidas por el Convenio Hispano marroquí relativo a la Cooperación Judicial en materia civil, mercantil y administrativa, firmado en Madrid el 30 de mayo de 1997 (RCL1997/1606) BOE nº 151 de 25 de junio, entro en vigor el día 1 de julio de 1999. En particular el art. 23.4 relativo al control del orden público de la decisión que se pretende reconocer.

<sup>81</sup> C. RUIZ SUTIL, “Effets “pervers” de la paternité légitime marocaine en Espagne: une question à résoudre”, *Paix et Sécurité Internationales*, nº 4, janvier-décembre 2016, p. 337, pp. 335-373.

<sup>82</sup> Básicamente en estos supuestos: “*Leyes extranjeras que prohíben la investigación de la paternidad o limitan de modo no razonable los medios de prueba de la filiación (este último supuesto en especial si no admite la prueba biológica de la paternidad); leyes extranjeras que impiden ejercitar acciones judiciales de impugnación o reclamación de paternidad; leyes extranjeras que fijan plazos muy breves para el ejercicio de tales acciones; cuando la ley extranjera reconozca una “filiación atenuada”, solo a ciertos efectos jurídicos, como los relativos al derecho de alimentos; leyes extranjeras que impiden la acreditación de la filiación de un hijo habido fuera de matrimonio porque dicha filiación no existe en tales ordenamientos jurídicos, lo que es un supuesto frecuente en las legislaciones islámicas*”. En A-L. CALVO CARAVACA / J. CARRASCO GONZÁLEZ, *Derecho internacional privado*, V 1, 15 ed., Comares, Granada, 2014-2015, p. 308.

<sup>83</sup> De mismo modo que los códigos latinos y siguiendo al modelo napoleónico, en el Código Civil español existía una barrera insuperable entre la filiación legítima e ilegítima. La primera reforma legislativa sobre la cuestión surgió en la CE de 1931 (art. 43.3) estableciendo “*Los padres tienen para con los hijos habidos fuera del matrimonio los mismos deberes que para los nacidos en él*”. En C. LASARTE, *Compendio de Derecho de familia*, Dykinson, Madrid, 2015, pp. 205 y 206.

mediante toda clase de pruebas (art. 767. 2 LEC). Esto es, el derecho a conocer el propio origen considerado como un derecho fundamental de la persona se fundamenta en el derecho de preservar su dignidad de conformidad con el art. 10.1 de la CE<sup>84</sup>.

Ahora bien, con el objetivo de preservar los derechos de la mujer y la niña como partes débiles en esta relación jurídica internacional, entendemos que el orden público internacional español debe actuar de manera atenuada permitiendo la inscripción de la niña en el Registro Civil español con todos los efectos correspondientes.

---

<sup>84</sup> C. RUIZ SUTIL, “Effets «pervers» de la paternité légitime marocaine en Espagne: une question à résoudre”, *Paix et Sécurité Internationales*, nº 4, janvier-décembre 2016, pp. 335-373, p. 365.

LA RECONVENCIÓN EN LOS LITIGIOS SOBRE CONTRATOS  
INTERNACIONALES DE TRABAJO. (COMENTARIO  
A LA STJUE DE 21 DE JUNIO DE 2018, ASUNTO C-1/17,  
PETRONAS LUBRICANTS ITALY)

THE COUNTER-CLAIM IN LITIGATION ABOUT  
INTERNATIONAL CONTRACTS OF EMPLOYMENT.  
(COMMENTARY TO EUCJ JUDGMENT 21 JUNE 2018,  
CASE C-1/17, PETRONAS LUBRICANTS ITALY)

ÁNGEL ESPINIELLA MENÉNDEZ\*

*Profesor Titular de Derecho Internacional Privado (acreditado a CU)  
Universidad de Oviedo*

ORCID ID: 0000-0002-6241-6402

Recibido: 17.06.2019 / Aceptado: 05.07.2019

DOI:

**Resumen:** en su Sentencia de 21 de junio de 2018, en el asunto Petronas Lubricants Italy, el TJUE afirma la viabilidad de una reconvencción del empleador contra el trabajador respecto de unos créditos cedidos por otro empleador. La Sentencia tiene aspectos positivos, pues consolida la competencia del juez inicial para una reconvencción por razones de economía procesal, incluso cuando el demandante reconvenccional sea una parte más fuerte jurídica y económicamente, como es un empleador. En su haber, también, exigir que la reconvencción tenga un origen común a la demanda inicial, pues en este foro también persiste el objetivo de buscar resoluciones coherentes.

Entre los aspectos negativos, el Tribunal, al aplicar la doctrina general al caso concreto, legitima una situación abusiva. El demandante reconvenccional está utilizando el entramado de sociedades del grupo para diseñar la reconvencción y lo hace a través de una cesión de créditos que afecta a la posición procesal del demandado reconvenccional. Y ello cuando este demandado reconvenccional no participa de dicha cesión (es un acto ajeno) y ni siquiera puede calcular sus efectos, al ser posterior a la interposición de la demanda inicial.

**Palabras clave:** contrato de trabajo, competencia judicial internacional, reconvencción. Reglamento “Bruselas I.bis”.

**Abstract:** in its Judgment of 21 June 2018, in case Petronas Lubricants Italy, the EUCJ affirms the viability of a counterclaim by the employer against the worker with respect to credits assigned by another employer. The Judgment has positive aspects, due to it consolidates the jurisdiction of the initial court for a counterclaim for reasons of procedural economy, even when the counterclaimant is a stronger legal and economic party, such as an employer. Also it is positive to require that the counterclaim has a common origin to the initial claim, because this jurisdiction rule keeps the purpose of seeking coherent decisions. Among the negative aspects, the Court, when applies the general doctrine to the specific case, legitimizes

---

\* 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).

an abusive situation. The counterclaimant is using the network of group companies in order to design the counterclaim by an assignment of credits that affects the procedural position of the counterclaim defendant. That occurs when this counterclaim defendant does not participate in said assignment (it is an external act) and cannot even calculate its effects, since it is subsequent to the filing of the initial claim.

**Keywords:** contract of employment. international jurisdiction. counter-claim. Brussels I.a Regulation.

**Sumario:** I. Presentación. II. La incontrovertida viabilidad de la reconvencción en materia laboral: 1. Viabilidad desde una lógica procesal. 2. Viabilidad desde una lógica laboral. III. La exigencia adicional del “origen común” de la reconvencción: 1. La necesidad de un origen común. 2. La definición del origen común: ¿un mismo contrato o unos mismos hechos? 3. Consecuencias jurídicas de una hipotética falta de origen común. 4. ¿Quién analiza el origen común: el TJUE o los tribunales nacionales? IV. La discutible proyección al caso: 1. La tesis del Tribunal: la existencia de un origen común. 2. Decálogo para una posible réplica. V. Valoración.

## I. Presentación

1. En su Sentencia de 21 de junio de 2018, en el asunto C-1/17<sup>1</sup>, el TJUE analiza el caso de un trabajador alto directivo que durante catorce años trabajó para la sociedad *Petronas Lubricants Italy*. Los siguientes cinco años y, bajo la misma relación contractual, trabajó para *PL Poland*, sociedad filial controlada al 100% por la matriz italiana. Finalmente, terminó firmando un contrato de “*trabajo paralelo de duración determinada*” con dicha sociedad filial polaca. No queda claro si el primer contrato con la matriz quedó en suspenso o si fue simultaneado. Pero sí que, trece años después, recibe sendas notificaciones de ambas sociedades, informándole la sociedad matriz de un “*despido por causa justificada*” y la sociedad filial de la “*extinción de su relación laboral*”<sup>2</sup>.

En este escenario el trabajador presenta una demanda por despido improcedente respecto del primer contrato contra la sociedad matriz italiana ante los tribunales italianos, además de pedir una reparación por el daño moral sufrido por el carácter injurioso del despido. No en vano, los motivos del despido se basaban en reembolsos indebidos por supuestos desplazamientos, por compensaciones sustitutivas que no procedían y por mala fe en la aplicación del cambio de divisas. La sociedad matriz demandada comparece y contesta a la demanda, al tiempo que presenta una reconvencción para el reembolso de los gastos que de forma improcedente había cobrado el trabajador, por un valor de más de 140.000 euros.

2. La cuestión discutida es si el tribunal italiano es competente para esa reconvencción. En principio, el Reglamento “Bruselas I”, y su actual versión (“Bruselas I.bis”) que se pronuncia en los mismos términos, permite que el tribunal que conoce de la demanda inicial conozca de la reconvencción del demandado<sup>3</sup>. Pero el problema en el caso es que el demandado reconviene en referencia no a sus propios créditos, sino a créditos de su sociedad filial polaca, que no está demandada en el pleito. Estos créditos habían sido cedidos con posterioridad a presentarse la demanda inicial. Por ello, el demandante inicial entiende que esa reconvencción no procede por falta de competencia de los tribunales italianos, pues los créditos no pertenecen al empleador italiano.

Así las cosas, el *Tribunale di Torino* condena a la sociedad matriz demandada y declinó la competencia respecto de la reconvencción, entendiéndolo que esta reclamación debía presentarse ante los tribunales polacos<sup>4</sup>. La competencia para la reconvencción solo afecta a créditos de la “*esfera jurídica*” del demandado y no de terceros que los cede. En apelación, la *Corte d’appello* formula cuestión prejudicial al respecto.

<sup>1</sup> ECLI:EU:C:2018:478.

<sup>2</sup> Sobre los problemas en contratos internacionales simultáneos en el marco de un grupo de empresas, *vid.* G. PALAO MORENO, *Los grupos de empresas multinacionales y el contrato individual de trabajo*, Valencia, Tirant lo Blanch, 2000, pp. 234 y ss.; P. JUÁREZ PÉREZ, *Las relaciones laborales en los grupos internacionales de sociedades*, Granada, Comares, 2000, pp. 93 y ss.

<sup>3</sup> Tal y como recuerda el Abogado General, la demanda del trabajador fue presentada antes del 10 de enero de 2015. El Reglamento “Bruselas I” fue derogado por el “Bruselas I.bis” pero solo para las acciones judiciales ejercitadas a partir del 10 de enero de 2015.

<sup>4</sup> *Cf.* apartado 14.

3. En este contexto, y con carácter preliminar, conviene precisar que el tribunal italiano consideró que el domicilio del trabajador estaba en Polonia y no en Italia<sup>5</sup>. La cuestión es relevante porque, de haber estado en Italia, el problema práctico habría desaparecido casi totalmente. En efecto, en tal caso, los tribunales italianos habrían sido competentes en cualquier escenario: vía reconvencción si la cuestión se considera vinculada a la demanda inicial respecto del contrato de la matriz; vía, domicilio del demandado si la demanda se considerara propia del contrato de trabajo de la filial y totalmente ajena a la reconvencción del Reglamento “Bruselas I”.

Hecha esta aclaración, en las próximas líneas se abordará la viabilidad de la reconvencción en materia laboral (II), la exigencia para ello de un origen común entre las distintas pretensiones (III) y su proyección en el caso concreto (IV). Si bien la doctrina general que sienta la Sentencia parece sólida, es precisamente en su aplicación al caso donde existen más dudas.

## II. La incontrovertida viabilidad de la reconvencción en materia laboral

### 1. Viabilidad desde una lógica procesal

4. En el apartado 29 de la Sentencia, el Tribunal se refiere a que no existe un concepto de reconvencción en la sección de trabajadores. Para remediarlo, curiosamente remite al foro general de la reconvencción, que tampoco tiene una definición uniforme del concepto. Sorprende, no obstante, que, cuando parece que el Tribunal va a definir este concepto, lo que hace en realidad es señalar los objetivos de las normas de competencia. Más preciso es el Abogado General que constata que no se ha presentado un motivo de defensa por el demandado, sino la solicitud de una condena distinta<sup>6</sup>.

5. Precisamente estos objetivos son enunciados de forma positiva y negativa. De forma positiva, la competencia del juez inicial para la reconvencción se basa en una buena administración de justicia, para resolver en un mismo procedimiento y ante un mismo juez “*pretensiones recíprocas que tienen un origen común*”. Formulados en sentido negativo, se trata de evitar “*múltiples y superfluos procedimientos*”<sup>7</sup>. El concepto de “múltiples” parece claro: desdoblamiento de la competencia e impedir la acumulación implica al menos dos tribunales competentes, probablemente de distintos Estados, y distintas representaciones legales. El concepto de “superfluos” ya puede ser más discutible, pues no es tanto que un segundo procedimiento no cumpla su función, sino más bien que existen mecanismos más expeditivos para resolverlos por medio de una acumulación procesal<sup>8</sup>.

Al margen de estas precisiones más o menos menores, debe coincidir con los objetivos destacados por el Tribunal. Ciertamente, podrían señalarse razones de economía procesal para permitir la reconvencción ante el tribunal inicial, pues, habiendo un litigio en el que las partes están debidamente representadas, parece sostenible que el mismo tribunal conozca de otras reclamaciones.

### 2. Viabilidad desde una lógica laboral

6. El Tribunal recuerda que el Reglamento “Bruselas I”, en su artículo 20, apartado 2 (actual 22), perteneciente a la Sección sobre contrato individual de trabajo, atribuye competencia judicial internacional al órgano que conoce de la demanda inicial<sup>9</sup>. Ello es un acierto pues la sección de trabajadores tiene carácter exhaustivo y no permite fundamentar la competencia en normas contenidas en otra sección, con

<sup>5</sup> Cf. apartado 16.

<sup>6</sup> Cf. apartado 22. Vid. la STJCE 13 julio 1995, *Danværn Production*, C-341/93, EU:C:1995:239, apartados 15 y 18.

<sup>7</sup> Vid. A. L. CALVO CARAVACA y J. CARRASCOSA GONZÁLEZ, “Competencia judicial internacional y Derecho de los negocios internacionales. El Reglamento 1215/2012 “Bruselas I.bis” de 12 de diciembre de 2000”, *Derecho Internacional Privado*, vol. II, 18ª edición, Granada, Comares, 2018, pp. 698-842, p. 800.

<sup>8</sup> Vid. STJUE 12 octubre 2016, *Kostanjevec*, C 185/15, EU:C:2016:763, apartado 37.

<sup>9</sup> Vid. M. GARDEÑES SANTIAGO, “Reconvencción y contrato internacional de trabajo”, *La Ley UE*, nº 62, 2018, núm. II, sobre las dudas en torno a si estos contratos podían calificarse como de trabajo.

la excepción de litigios sobre sucursales y sobre litisconsorcios pasivos de empleadores (en este caso, solo en la segunda versión del Reglamento)<sup>10</sup>. Así pues, de no existir esa previsión específica, no cabría la competencia para la reconvencción por imposibilidad de acudir a otras secciones y, en particular, al artículo 6.3 del Reglamento “Bruselas I” y al artículo 8.3 de la versión refundida.

7. La viabilidad de la reconvencción formulada por un empleador no parece ser contraria a los objetivos de la regulación sobre contrato individual de trabajo, básicamente proteger al trabajador como parte más débil desde una perspectiva jurídica y económica<sup>11</sup>. Esta protección se traduce, en palabras del Tribunal, en la posibilidad de demandar al empleador ante un órgano jurisdiccional “*más cercano a sus intereses*”, reconociéndole “*legitimación activa*”<sup>12</sup>. Hay en estas afirmaciones una idea correcta, pero con alguna imprecisión. La primera, la de incluir en este objetivo la posibilidad de demandar en el Estado del domicilio del empleador demandado, que responde más a una idea general de protección procesal del demandado que a la protección del trabajador demandante. El verdadero foro de protección para el trabajador es la alternativa de poder demandar en el lugar donde se prestan habitualmente los servicios. La segunda imprecisión sería la de confundir “competencia judicial internacional” con “legitimación activa”, por lo menos en la versión en castellano de la Sentencia. Ciertamente, el Reglamento “Bruselas I” se refiere a la competencia internacional de tribunales de Estados miembros, y no a la legitimación activa. Esta cuestión, entendida como interés legítimo para ocupar la posición procesal de demandante o demandado, queda determinada por la ley rectora del contrato, la ley del fondo. La última imprecisión, y quizá la más grave, es que el Tribunal se queda en la superficie sobre los objetivos de la sección de trabajadores, y no entra en la cuestión de mayor interés: si la reconvencción la puede presentar el empleador, como parte fuerte en la relación laboral.

A este respecto, más preciso se muestra el Abogado General en el apartado 23 de sus Conclusiones. Su posicionamiento claramente favorable a que la parte fuerte puede hacer uso del foro reconvenccional debe considerarse correcto. La interpretación literal del precepto no admite discusión<sup>13</sup>. En ningún momento se restringe este foro al trabajador y ello por una razón fundamental: el objetivo de buena administración de justicia parece prevalecer en este caso sobre la protección al trabajador. El Abogado General añade un argumento histórico<sup>14</sup>. La creación de una sección específica de trabajadores en el Reglamento “Bruselas I” no pretendía un cambio sustancial en el fondo respecto de los precedentes, sino una sistematización en una sección específica como ocurría con consumo y seguros<sup>15</sup>. De ello se puede desprender la misma interpretación del foro reconvenccional que existía en los precedentes hasta la fecha con carácter general y que en modo alguno vetaban su utilización por el empleador.

Admitida la procedencia de la reconvencción por el empleador, debe señalarse que, en la práctica, esta juega mayormente cuando el trabajador demanda al empleador en su domicilio y este aprovecha dicha estrategia para reconvenir en su propio domicilio. Tiene menor incidencia cuando el trabajador demanda allí donde trabaja de forma habitual. En ese caso, normalmente, el trabajador suele tener su domicilio en ese Estado, por lo que la posibilidad de que el empleador reconvenga en este Estado estaría en la mayoría de los casos amparada por el propio foro general del domicilio del trabajador demandado. El foro por reconvencción apenas aportaría nada, más allá de delimitar la competencia interna.

<sup>10</sup> Cf. apartado 25; y STJUE de 22 de mayo de 2008, *Glaxosmithkline*, C 462/06, EU:C:2008:299, apartado 22.

<sup>11</sup> Cf. apartado 23. *Vid.* Sentencias anteriores como la de 14 de septiembre de 2017, *Nogueira y otros*, C 168/16 y C 169/16, EU:C:2017:688.

<sup>12</sup> Cf. apartado 24.

<sup>13</sup> *Vid.* STJCE 22 mayo 2008, *Glaxosmithkline*, antes citada, apartado 29. M. GARDEÑES SANTIAGO destaca, además, la propia ubicación de esta regla en el precepto sobre demandas del empleador contra el trabajador (*loc. cit.*, núm. IV).

<sup>14</sup> Cf. apartado 27.

<sup>15</sup> *Vid.* la exposición de motivos de la Propuesta de la Comisión de Reglamento (CE) del Consejo relativo a la competencia judicial, al reconocimiento y a la ejecución de resoluciones judiciales en materia civil y mercantil [COM(1999) 348 final].

### III. La exigencia adicional del “origen común” de la reconvencción

#### 1. La necesidad de un origen común

8. Analizada la pertinencia de la reconvencción por motivos procesales y contractuales, debe analizarse el aspecto más espinoso de la Sentencia: la exigencia de un origen común entre la demanda inicial y la reconvencción.

En este sentido, el fundamento de la competencia para la reconvencción es que exista un único juez para pretensiones recíprocas, siendo, además, necesario que tengan un origen común. Ello no se señala en el artículo 20.2 (actual 22.2) en materia laboral, aunque sí está previsto en el artículo 6.3 (actual 8.3). La relación entre ambos preceptos podría hacerse de dos formas distintas:

Primera, una interpretación en términos disyuntivos, según la cual, si el precepto sobre contrato de trabajo no contempla los requisitos del foro general, es porque, a diferencia de este, no son exigibles<sup>16</sup>.

Segunda, una interpretación sistemática, conforme a la que los requisitos del foro general también son extensibles al foro especial.

El Tribunal claramente se inclina por esta última con acierto<sup>17</sup>. Efectivamente, no se trata de que la reconvencción en materia laboral se aparte de la reconvencción en el ámbito general. Los argumentos de buena administración de justicia se ven sustentados también por razones de conexidad entre reclamaciones, pues qué mejor que un mismo tribunal conozca de dos demandas que, de llevarse a tribunales distintos, podrían llevar a soluciones incoherentes o inconsistentes<sup>18</sup>. Piénsese, por ejemplo, que unos mismos hechos sean valorados de forma distinta por dos tribunales. La suma de estos dos objetivos, economía procesal y coherencia, pueden llevarnos a una conclusión no explicitada en el Reglamento en materia laboral, pero de especial interés para el caso: entre la demanda inicial y la reconvencción tiene que haber cierta relación. No se trata de llevar a un mismo tribunal cualquier controversia entre las partes, sino solo las controversias relacionadas con un mismo contrato o con unos mismos hechos.

#### 2. La definición del origen común: ¿un mismo contrato o unos mismos hechos?

9. Esta interpretación sistemática entre el artículo 6.3 y el 20.2 del Reglamento “Bruselas I.bis” (actuales 8.3 y 22.2) hace que el Tribunal busque el origen común en un mismo contrato o en unos mismos hechos. Y lo hace conforme a una interpretación uniforme ajena a las distintas legislaciones nacionales<sup>19</sup>.

Aquí ya es donde caben algunas discrepancias. Hay dos cuestiones previas que sí deben quedar determinadas por las legislaciones nacionales. Por un lado, la legitimación activa de un demandado para presentar la reconvencción. Debería ser la ley polaca, como ley rectora del crédito cedido, la que determinara si el cesionario tiene legitimación para dirigirse contra el deudor, el trabajador demandado por reconvencción. Por otro lado, la figura de la reconvencción debe estar reconocida en los ordenamientos procesales nacionales, en el caso, en la legislación procesal italiana. Este es un presupuesto procesal para el ejercicio de la reconvencción. El Reglamento “Bruselas I” no atribuye un derecho a presentar reconvencción, solo facilita la competencia judicial internacional cuando esta es posible según la ley del foro. Por poner un ejemplo, si la ley del foro no reconoce la reconvencción o considera que el juez inicial no tiene competencia material o funcional para conocer de ella, no parece posible esta reconvencción.

<sup>16</sup> *Vid.*, planteando el problema, P. JUÁREZ PÉREZ, *Orden social y litigios internacionales: competencia judicial*, Granada, Comares, 2002, p. 115.

<sup>17</sup> *Cf.* apartados 29 y 30. En el mismo sentido, *vid.* el apartado 29 de las Conclusiones del Abogado General. Entre las Sentencias anteriores, destaca la de 22 de mayo de 2008, *Glaxosmithkline*, antes citada, apartado 22. En la doctrina, *vid.* M. GARDEÑES SANTIAGO, *loc. cit.*, núm. III, sobre las dudas en torno a si estos contratos podían calificarse como de trabajo.

<sup>18</sup> *Vid.* apartado 26 y 32 de las Conclusiones del Abogado General. Recuerda que, en el informe del Sr. P. Jenard, sobre el Convenio de Bruselas (DO 1979, C 59), se precisó que la reconvencción deberá ser una demanda conexa a la demanda principal, tomando como referencia el Código judicial belga. Un buen ejemplo se encuentra en la STJUE 12 octubre 2016, *Kostanjevec*, ya citada, apartado 38, donde existe un origen común entre la demanda inicial relacionada con un contrato y la reconvencción sobre el enriquecimiento injusto relacionado con ese contrato.

<sup>19</sup> *Vid.*, en el mismo sentido, el apartado 30 de las Conclusiones del Abogado General.



Así pues, si la legislación polaca no diera tal legitimación o la legislación italiana no contemplara la figura de la reconvencción, directamente no habría problema de competencia internacional que tratar. O, expuesto de otra forma, el problema de la competencia judicial internacional solo debería plantearse si cabe reconvencción porque el demandado tiene legitimación reconvenccional y la ley del foro admite el juego de esta reconvencción.

**10.** Además del problema señalado, ha quedado constatado que el trabajador firma dos contratos paralelos, uno con la sociedad matriz italiana, otro con la filial polaca. En ningún momento ha existido una confusión entre contratos ni entre las relaciones laborales<sup>20</sup>. Descartado que exista un mismo contrato como origen común de la reconvencción, el Tribunal sí concluye que existe una misma situación de hecho<sup>21</sup>. La cuestión más interesante en este punto es la alternatividad con la que interpreta “*mismo contrato o misma situación de hecho*”. De nuevo cabrían dos interpretaciones:

Una disyuntiva, relativa a que la reconvencción basada en un mismo contrato jugaría en materias contractuales y la reconvencción basada en los mismos hechos jugaría para materias no contractuales.

La otra interpretación, que claramente asume el Tribunal, es en clave cumulativa, esto es: el origen común de las pretensiones puede basarse en unos mismos hechos aunque no lo esté en un mismo contrato<sup>22</sup>. El Abogado General explicita perfectamente este parecer en el apartado 41 de las Conclusiones. Señala que la reconvencción no debe limitarse a un mismo marco contractual, cuando existe identidad de hechos y la necesidad de que un mismo juez se pronuncie sobre la misma cuestión en interés de la buena administración de justicia y la evitación de resoluciones inconciliables.

**11.** A pesar de lo expuesto, no puede asumirse claramente este posicionamiento a favor de que, existiendo varios contratos de trabajo, es suficiente la constatación de una misma situación fáctica. En efecto, unos mismos hechos y unas mismas circunstancias pueden tener múltiples consecuencias jurídicas en distintos contratos<sup>23</sup>. Esas múltiples consecuencias pueden deberse a la aplicación de leyes distintas a los distintos contratos, en el caso, la legislación italiana al contrato con la empleadora italiana, y la polaca al contrato con la empleadora polaca. Esta cuestión se despacha lacónicamente por el Abogado General en el apartado 40 de sus Conclusiones con una simple diferenciación entre competencia judicial y ley aplicable al fondo. Esa autonomía no se pone en duda, pero se obvia que ello demuestra que unos mismos hechos pueden tener ramificaciones jurídicas distintas.

Es más, respecto de estos contratos no ha quedado acreditada una relación causal de dependencia. La extinción de uno de ellos no tendría por qué afectar al otro, como tampoco la invalidez de uno condiciona la del otro. La imputación de hechos vinculada a irregularidades en uno de los contratos tampoco tendría que afectar al otro contrato, si en su cumplimiento no han existido las mismas o parecidas irregularidades. Al margen de esta autonomía contractual, hay un dato que obvia el Tribunal y que debe ser tenido en cuenta: la reconvencción regulada en una sección denominada “contrato *individual* del trabajo” no puede minusvalorar la existencia de distintos contratos, ni poner esta a la misma altura que la existencia de una misma situación.

### 3. Consecuencias jurídicas de una hipotética falta de origen común

**12.** La existencia de un origen común entre demanda inicial y reconvencción haría competente al juez inicial para conocer de la reconvencción y así lo considera el Tribunal de Justicia. Pero, desde el momento en el que se exige ese requisito adicional, cabe plantearse qué ocurriría si, al margen del caso, no existe ese origen común. En principio, no habría competencia judicial internacional del juez inicial.

<sup>20</sup> Sobre esta problemática, *vid.* H. MUIR WATT, “Article 8”, en U. MAGNUS y M. MANKOWSKI, *ECPIIL. Brussels Ibis Regulation*, Colonia, O. Schmidt, 2016, pp. 369-405, p. 401.

<sup>21</sup> *Cf.* apartado 31.

<sup>22</sup> En el mismo sentido, *vid.* apartado 42 de las Conclusiones del Abogado General.

<sup>23</sup> En sentido contrario, *vid.* el apartado 37 de las Conclusiones del Abogado General, señalando que los mismos hechos afectan a las dos sociedades indistintamente.

Ahora bien, no parece que el juez de oficio deba controlar la falta de competencia, salvo que la materia de la reconvencción se corresponda con una competencia exclusiva<sup>24</sup>. Al margen de este caso, no haría falta ese control de competencia de oficio porque ambas partes están personadas en el proceso inicial y este es un dato importante. Falta, pues, el presupuesto de abstenerse de oficio si el demandado no comparece y no existe ningún fundamento de competencia<sup>25</sup>.

**13.** Así las cosas, el control de la competencia solo se haría a instancia de parte, en este caso, del demandante inicial, ahora demandado por reconvencción. Este podrá impugnar la competencia para la reconvencción y ello se hará de conformidad con la legislación procesal nacional. Esa legislación tiene que tener algún tipo de mecanismo que permita preservar el efecto útil del Reglamento y la posibilidad de controlar la competencia en los términos del Reglamento: el “origen común” entre la demanda inicial y la reconvencción. Repárese en que este trámite es obligado porque, al margen del caso concreto y de posibles discrepancias con el fallo, el Tribunal deja claro que, en el Reglamento “Bruselas I”, la reconvencción no juega automáticamente.

**14.** La otra opción del demandado por reconvencción es que no impugne la competencia, por lo que el tribunal inicial podría conocer de esa contrademanda que no tenga el mismo origen que la demanda inicial. No existe ningún inconveniente a que la sumisión tácita pueda jugar en estos casos. En cualquier caso, parece necesario que, en la actual versión del Reglamento “Bruselas I.bis”, el tribunal informe a la parte débil demandada por reconvencción, en este caso el trabajador, de las consecuencias que tendría la no impugnación de la competencia respecto una reconvencción sin origen común a la demanda inicial<sup>26</sup>.

#### **4. ¿Quién analiza el origen común: el TJUE o los tribunales nacionales?**

**15.** Al margen de la tensión entre una interpretación disyuntiva (si no se basa en un mismo contrato, es irrelevante la misma situación) y una interpretación acumulativa (aunque no haya un mismo contrato, basta una misma situación), otro aspecto relevante es cómo se constata la presencia de una misma situación fáctica. Dos cuestiones son de especial interés: quién debe valorar esa situación y si esa situación está presente en el caso.

Respecto de quién debe valorar ese mismo origen, existe una discrepancia entre la Sala Tercera del Tribunal de Justicia, que en esta Sentencia lo considera incluido en el ámbito de su competencia de interpretación uniforme, y el Abogado General, que opina que deben ser los órganos jurisdiccionales nacionales, en concordancia con lo que pocos días antes había señalado la Sala Octava del Tribunal<sup>27</sup>. En este sentido, hace ya algún tiempo que el Tribunal de Justicia ha transitado de la mera interpretación de normas a determinar si los supuestos de hecho que le llegan se subsumen o no en una determinada norma. Una posición quizá flexible, pero con un efecto expansivo de la interpretación uniforme especialmente útil, si se asume que el Tribunal se pronuncia sobre supuestos estándar. Debe quedar los órganos jurisdiccionales la valoración probatoria de los hechos y su encaje en el estándar perfilado por el Tribunal de Justicia.

Así las cosas, la Sala Tercera del Tribunal de Justicia se atreve a señalar que, “*en una situación como la controvertida en el litigio principal*”, la situación fáctica está avalada por la pertenencia a un mismo grupo de las dos sociedades empleadoras. También, por el hecho de que la extinción de los contratos se produjo el mismo día y con causas más o menos similares.

<sup>24</sup> Artículo 25 del Reglamento “Bruselas I”, actual artículo 27.

<sup>25</sup> Artículo 26 del Reglamento “Bruselas I”, actual artículo 28.

<sup>26</sup> Artículo 26, apartado 2.

<sup>27</sup> Cf. apartado 42 de las Conclusiones del Abogado General. En este sentido, parecía interpretarse el apartado 23 de la STJUE (Sala Octava) 31 mayo 2018, *Nothartová*, C-306/17, EU:C:2018:360, cuando señalaba que “*en una situación en la que un órgano jurisdiccional conoce de una o de varias pretensiones invocadas a título reconvenccional, incumbe a este órgano jurisdiccional apreciar en qué medida esas pretensiones comparten un origen común con la demanda inicial, de modo que les resulta de aplicación el artículo 8, punto 3, del Reglamento n° 1215/2012*”. Al respecto, vid. J. C. FERNÁNDEZ ROZAS Y S. SÁNCHEZ LORENZO, *Derecho Internacional Privado*, 10ª ed., Cizur Menor, Civitas/Thomson Reuters, 2018, p. 94.

16. Estos hechos precisan de un análisis detallado. En efecto, es indiscutible la relación entre las dos sociedades empleadoras, pues una de ellas, la compañía italiana, es la propietaria del 100% del capital social de la otra empleadora, la sociedad polaca. Así pues, existe una evidente relación societaria y empresarial entre los dos empleadores. Baste comprobar que la notificación de despido y de extinción de sendos contratos se realiza el mismo día, evidenciando que las sociedades actúan de forma coordinada y de común acuerdo.

Pero esta definición de una misma situación desde una perspectiva subjetiva necesita consolidarse desde la perspectiva objetiva de los hechos. Las causas, los hechos y las circunstancias son básicamente las mismas: liquidación irregular de indemnizaciones por desplazamiento y por sustitución de vacaciones.

*A sensu contrario*, faltando algunos de los requisitos subjetivos u objetivos, ya no cabría observar una misma situación. De este modo, si las causas y circunstancias de los despidos son por hechos más o menos similares, pero entre los empleadores existe una total independencia sin una relación societaria o empresarial entre ellos, no cabría la reconversión con base en una misma situación fáctica. Por otro lado, si los despidos en sendas relaciones se basan en causas distintas y por hechos y circunstancias separables, no cabe concluir la existencia de una misma situación. Y ello aunque existiera una relación societaria o empresarial entre estas empresas empleadoras.

#### IV. La discutible proyección al caso

##### 1. La tesis del Tribunal: la existencia de un origen común

17. En este contexto, el Tribunal de Justicia acaba afirmando la viabilidad de la reconversión en un caso como el presentado, porque existe un origen común entre la demanda inicial y la reconversión. No afecta a esta conclusión que la reconversión sea fruto de la cesión de créditos de otro empleador al empleador demandado, cesión materializada con posterioridad a la demanda inicial. Varios son los argumentos que se pueden deducir de una argumentación no muy sistematizada:

- i) Argumento literal: básicamente de *lege lata* no hay ninguna duda sobre que se trata de una reconversión en materia de trabajadores.
- ii) Argumento sistemático: el riesgo de que la demanda reconversional sea una forma de que el demandante por reconversión ataque en su propio domicilio (o de otra sociedad del grupo) es inherente al sistema de “Bruselas”. En efecto, si el foro general es el del domicilio del demandado, la admisibilidad general de la reconversión se convierte en la posibilidad de contraatacar en el propio domicilio.
- iii) Argumento procesal: aun siendo verdad que en el momento de la demanda inicial el actor desconoce la estrategia del demandado, sí que puede conocer que asume un riesgo de contrademanda ante ese tribunal. La clave es determinar cuál puede ser el alcance de esa contrademanda y para ello es necesaria cierta vinculación entre la demanda inicial y la reconversión.
- iv) Argumento de intereses: la posibilidad de presentar reconversión ante el tribunal que conoce de la acción inicial consigue restablecer el equilibrio procesal entre las partes. Si inicialmente el demandante se ve protegido, al poder utilizar normas favorables a sus intereses, el demandado se ve mínimamente compensado *a posteriori* de forma que puede contraatacar en el mismo tribunal por economía procesal. De especial interés resultan las afirmaciones sobre la reconversión en los apartados 27 y 28 de la Sentencia. En ellos se destaca cómo el Reglamento favorece una estrategia acorde con los intereses del trabajador demandante. Precisamente, por ello, parece razonable que después pueda convertirse en demandado en ese tribunal. Se cumple el objetivo de dar preferencia al trabajador.
- v) Argumento práctico: destacado especialmente por el Abogado General en el apartado 35 de sus Conclusiones, entiende que la interconexión de relaciones laborales es muy frecuente,

coexistiendo contratos inicial y contratos locales en el marco de un desplazamiento<sup>28</sup>. En esos casos, debe afirmarse la existencia de un origen común entre la demanda inicial y la reconversión.

## 2. Decálogo para una posible réplica

18. Como se ha señalado, en el presente caso, el Tribunal entiende que las pretensiones recíprocas tienen un origen común, dada la concurrencia de este presupuesto subjetivo (ambas empleadoras pertenecen al mismo grupo) y objetivo (se basan en unos mismos hechos). Sin embargo, el fallo de la Sentencia es rebatible, como en su momento defendió la Comisión<sup>29</sup>. Varios son los argumentos:

- i) Un argumento literal: la reconversión en materia laboral se prevé en una sección denominada “contrato *individual* de trabajo” por lo que parece que no puede ser utilizada respecto de “otro” contrato distinto. Si los contratos son individualizables, y en este caso parece que lo son, deben tratarse por separado.
- ii) Un argumento histórico: la sección nacida para el contrato individual de trabajo buscaba evitar la inclusión de relaciones colectivas. Parecía pensado para no regular litigios interpuestos conjuntamente por dos o más trabajadores en atención a sus respectivos contratos. Pero no hay razón para que no juegue en contra de dos empleadores existiendo dos relaciones laborales respecto de un mismo trabajador.
- iii) La lógica de la cesión de créditos: hay un principio consolidado en la cesión de créditos según el cual las relaciones internas entre cedente y cesionario no pueden afectar al deudor, ni a su posición originaria en la relación. Ello es así porque este deudor es un *outsider* a la cesión, lo que le puede generar cierta imprevisibilidad<sup>30</sup>. Pues bien, en este caso, la cesión afecta sobremanera a la posición procesal del deudor. Baste reparar en que, si no hubiera habido esa cesión, la reconversión sería inviable. El demandado no tendría legitimación activa para reconvenir por esos créditos.
- iv) Un argumento de coherencia “horizontal”<sup>31</sup>: el principio de que las relaciones entre cesionario y cedente no pueden afectar al deudor está recogido en el ámbito de la ley aplicable del Reglamento “Roma I”. Pero podría entenderse que es un principio sistemático del Derecho internacional privado europeo, incluidas sus normas de competencia judicial internacional. Así, es admisible que el subrogante se coloque en la posición del subrogado, pero no la inversa, que es lo que concurre en el caso: que el subrogado se coloque indirectamente en la posición del subrogante.
- v) Un argumento de alcance de la competencia judicial internacional: la competencia inicial en el ámbito del Reglamento “Bruselas I” se articula esencialmente sobre el lugar de prestación habitual del trabajo en el marco de una relación contractual. Parece lógico que cualquier reconversión se base precisamente en ese contrato, lo que no ocurre en el caso pues los créditos se basan en otro contrato, que se ejecuta en Polonia.
- vi) Un argumento de contexto procesal de la reconversión: muy vinculado al anterior, el de la reconversión es un foro dependiente de un foro inicial del que trae su causa. En este caso, la interpretación del Tribunal rompe la relación causa-efecto. Si inicialmente el tribunal es competente por ejecutarse el contrato en Italia o por hallarse el domicilio del demandado en dicho Estado, las reclamaciones por reconversión tienen que relacionarse con ese contrato ejecutado en Italia. No parece oportuno que un tribunal declarado competente para cuestiones de un contrato, conozca por reconversión de otro contrato.

<sup>28</sup> *Vid.*, por ejemplo, STJCE 10 abril 2003, *Pugliese*, C-437/00, EU:C:2003:219; y STJUE de 10 de septiembre de 2015, *Holterman*, C-47/14, EU:C:2015:574.

<sup>29</sup> *Cf.* apartado 33 de las Conclusiones del Abogado General.

<sup>30</sup> Esta era la posición de la Comisión, *cf.* apartado 38 de las Conclusiones del Abogado General.

<sup>31</sup> Retomando la terminología de S. SÁNCHEZ LORENZO en “El principio de coherencia en el Derecho internacional privado europeo”, *REDI*, vol. 70 (2018-2), pp. 17-47, esp. pp. 21 y ss.

- vii) Un argumento de desprotección del trabajador: ligado a lo anterior, conviene llamar la atención sobre que, al margen de eventuales litisconsorcios pasivos, el tribunal italiano no sería competente para conocer de cualquier reclamación individual relacionada con el contrato de Polonia presentada por el trabajador. Ni el domicilio del demandado se halla en ese Estado, ni ese contrato se ejecuta en territorio italiano. Sorprende, por tanto, que un tribunal conozca por reconvencción de una materia, respecto de la cual la contraparte, el trabajador, individualmente y fuera de los litisconsorcios, nunca podría presentar la demanda ante ese tribunal.
- Ello demuestra que la cesión en el marco de un grupo de sociedades pone el entramado societario a disposición de estrategias procesales de su conveniencia. Cosa que a la inversa no ocurre con el trabajador, que no puede tener ese diseño de estrategias con base en cesiones. No es realista pensar en un trabajador cediendo sus créditos a otro trabajador demandado para que los presente por reconvencción. La conclusión es que el desequilibrio económico y jurídico en perjuicio del trabajador se ve claramente agravado, siendo contrario al objetivo de la normativa.
- viii) Un argumento de abuso procesal: como ya se ha destacado, en el presente caso, por la vía de la cesión, el cedente se beneficia indirectamente de un foro que en ningún caso le correspondería. Ni él ha sido demandado, ni son los tribunales de su domicilio, ni el contrato controvertido en cuestión se ejecuta en Italia. La defensa que hace el Abogado General en el apartado 39 de esta consecuencia no es convincente. Señala que la reconvencción ante un tribunal italiano es fruto de la opción del trabajador de demandar en el domicilio del demandado y esa opción no debe tener consecuencias en las posibilidades de una reconvencción. El argumento sería sostenible si la reconvencción la presentara la sociedad italiana en relación con su contrato, pero es mucho más discutible cuando lo hace en referencia a otro contrato.
- Este abuso se confirma por dos extremos. Por un lado, el cesionario no es un tercero totalmente independiente, sino la propia sociedad matriz dominante del grupo de empresas. Cedente y cesionario están actuando de común acuerdo para diseñar su estrategia procesal contra el trabajador. En otras palabras, el entramado de sociedades sirve para, con una simple cesión, aplicar medidas de retorsión a la demanda inicial del trabajador.
- Por otro lado, el abuso se ve corroborado por el hecho de que la cesión se produce una vez interpuesta la demanda por el trabajador; para ser exactos, dos días antes de la personación del demandado<sup>32</sup>. El foro reconvenccional acaba siendo una trampa porque, en el momento de presentarse la demanda inicial, el demandante parte débil desconoce totalmente cuál puede ser la estrategia del demandado. Es curioso en este sentido el apartado 33 de la Sentencia, que, en la versión en castellano, apenas se entiende<sup>33</sup>. Señala que no es “pertinente” el que la cesión de créditos sea posterior a la demanda, porque el empresario no sabe de antemano dónde va a ser demandado. Ciertamente, la idea es precisamente la contraria: si la cesión se hace después de la demanda inicial, es porque en ese momento cedente y cesionario ya pueden calcular fácilmente dónde se concretaría la reconvencción y ello es especialmente grave. Tan grave como que, en el momento de presentación de la demanda, el trabajador demandante no puede calcular de ninguna forma esa reconvencción. Deberían aplicarse principios similares a los de la “perpetuación de la jurisdicción”, según la cual la fecha crítica a considerar para los hechos de la litis es el momento de interposición de la demanda.
- ix) Un argumento de economía procesal relativizado: podría pensarse que la falta de competencia del juez original para la reconvencción, en el fondo, desprotege al trabajador inicialmente demandante, que se va a haber atacado en otro proceso, probablemente con la necesidad de designar abogado y procurador. La duplicidad de procesos perjudicaría al trabajador. Sin embargo, esta lectura no es del todo exacta. No se trata de que el juez

<sup>32</sup> Cf. apartados 13 y 14 de las Conclusiones del Abogado General.

<sup>33</sup> Más claro es el Abogado General en el apartado 41 de sus Conclusiones, que simple resta importancia a que la demanda se haya prestado *a posteriori*.

inicial no conozca del caso en perjuicio del trabajador, sino de que sea precisamente el trabajador el que decida aceptar o no la competencia del juez inicial. Se trata de no imponer la competencia por reconvencción y de supeditarla a la voluntad del trabajador inicialmente demandante, a través de una sumisión tácita por la que muestre su conformidad.

- x) Un argumento de igualdad de armas procesales: el Tribunal no entra en una cuestión previa y que podría tener su interés: si el trabajador podría tener igualdad de armas que los empleadores, permitiéndose demandar a ambos empleadores en el domicilio de cualquiera de ellos. Conviene distinguir dos escenarios. En la primera versión del Reglamento “Bruselas I”, no parece posible codemandar a ambos empleadores<sup>34</sup>. Parece desigual, entonces, permitir que la sociedad polaca pueda reconvenir indirectamente y *de facto* por una mera cesión a una sociedad del mismo grupo. En el texto refundido del Reglamento “Bruselas I.bis”, la cuestión sí está resuelta favorablemente *pro futuro*, de forma que el trabajador sí podría haber demandado a ambos empleadores por situaciones conexas ante el tribunal de cualquiera de ellos. Pero, incluso en este caso, parece adecuado que solo quepa una reconvencción si la sociedad que presenta reconvencción ha sido codemandada inicialmente. Solo así se preservaría la igualdad de armas: la sociedad polaca podría ser demandada ante los tribunales italianos y la sociedad polaca podría reconvenir en esos mismos tribunales.

19. La antítesis expuesta podría ser criticada por cierta contradicción, principalmente: se entiende que hay conexidad en el foro del litisconsorcio pasivo, pero no se entiende que hay conexidad en el foro de la reconvencción. Sin dejar de ser cierto esto, hay dos matices diferenciales. Por un lado, el entramado societario debería poder invocarlo por conexidad la contraparte perjudicada por esa estructura, el trabajador, pero no la parte que se beneficia de ella. Por otro lado, en el foro de la reconvencción no debe estar solo presente un requisito de conexidad objetiva, sino, también, de identidad subjetiva<sup>35</sup>. Ciertamente, además de un foro conexo, el de la reconvencción es un foro dependiente de la delimitación de las partes litigantes. Y ello es lo que no concurre en el caso, no hay identidad *real* de partes en la reconvencción; solo un juego artificioso de una cesión de créditos entre sociedades del mismo grupo para eludir la falta de identidad real de partes y sustituirla por una identidad meramente *formal*.

## V. Valoración

20. Ante el silencio del Tribunal, conviene aclarar que el Reglamento “Bruselas I”, y su actual versión refundida, no atribuyen un derecho a presentar reconvencción. Solo facilitan la competencia judicial internacional cuando esta es posible. Y esa posibilidad depende de dos cuestiones previas obviadas en la Sentencia: la legitimación activa del demandante reconvenccional por la ley del fondo y la admisibilidad procesal de la reconvencción por la ley del foro.

A partir de aquí, la Sentencia tiene luces y sombras. Luces, por consolidar la competencia del juez inicial para una reconvencción por razones de economía procesal, incluso cuando el demandante reconvenccional sea una parte más fuerte jurídica y económicamente, como es un empleador. En su haber, también, exigir que la reconvencción tenga un origen común a la demanda inicial, pues en este foro también persiste el objetivo de buscar resoluciones coherentes.

Entre las sombras, el Tribunal, al aplicar la doctrina general al caso concreto, legitima una situación abusiva. El demandante reconvenccional está utilizando el entramado de sociedades del grupo para diseñar la reconvencción y lo hace a través de una cesión de créditos que afecta a la posición procesal del demandado reconvenccional. Esto resulta especialmente grave porque este demandado reconvenccional no participa de dicha cesión (es un acto ajeno) y ni siquiera puede calcular sus efectos, al ser posterior a la interposición de la demanda inicial y vulnerar principios procesales básicos como la fijación de los hechos relevantes desde el momento de interposición de la demanda originaria.

<sup>34</sup> Vid. STJUE 22 mayo 2008, *Glaxosmithkline*, antes citada. Vid. M. GARDEÑES SANTIAGO, *loc. cit.*, núm. V. Sobre la evolución en esta materia, vid. G. PALAO MORENO, *op. cit.*, p. 248.

<sup>35</sup> Cf. F. J. GARCIMARTÍN ALFÉREZ, *Derecho Internacional Privado*, 4ª ed., Cizur Menor, Civitas/Thomson Reuters, 2017, p. 146.

El Tribunal tampoco se plantea qué ocurriría si, al margen del caso, no existe ese origen común entre demanda inicial y reconvencción. En principio, no habría competencia del juez inicial, pero solo se controlaría de oficio si están afectadas competencias exclusivas. De otro modo, deberá ser el demandado por reconvencción quien o bien impugne la competencia por falta de origen común, o bien se someta tácitamente para esa reconvencción. En el caso de un trabajador deberá ser informado de las consecuencias de aceptar la competencia para aquella reconvencción sin un origen común a la demanda inicial.

SUCESIÓN DE UN NACIONAL BRITÁNICO RESIDENTE  
EN ESPAÑA: EL REENVÍO, DE NUEVO, COMO ELEMENTO  
DECISIVO ENTRE LA LIBERTAD DE TESTAR  
Y LOS DERECHOS SUCESORIOS DE LEGÍTIMA, TÍPICOS  
DEL DERECHO CIVIL COMÚN ESPAÑOL

SUCCESSION OF A BRITISH NATIONAL RESIDENT IN SPAIN:  
RENOI, AGAIN, AS A DECISIVE ELEMENT BETWEEN  
FREEDOM TO MAKE A WILL AND THE LEGITIMATE  
SUCCESSORY RIGHTS, TYPICAL OF THE SPANISH COMMON  
CIVIL LAW

LAURA GARCÍA GUTIÉRREZ

*Profesora Titular de Derecho Internacional Privado  
Universidad Autónoma de Madrid*

Recibido: 24.06.2019 / Aceptado: 22.07.2019

DOI: <https://doi.org/10.20318/cdt.2019.4981>

**Resumen:** En este recurso de casación, resuelto por el Tribunal Supremo español, se plantea la admisibilidad del reenvío en la sucesión de un nacional británico que afecta a la propiedad de un inmueble situado en España. El Tribunal hace hincapié en su doctrina limitando el juego del reenvío cuando éste conduzca a la fragmentación de la sucesión. Al hilo de esta idea, analiza el concepto de domicilio en Derecho inglés y la incidencia de la fundación de un *Trust* conforme al Derecho de Malta en la sucesión del causante.

**Palabras clave:** ley aplicable a una sucesión mortis causa, libertad de testar, ley aplicable a la legítima, reenvío de retorno, *Trust* constituido conforme a un Derecho extranjero sobre bienes no situados en España.

**Abstract:** In this cassation appeal, resolved by the Spanish Supreme Court, the admissibility of the *renvoi* in the succession of a British national that affects the ownership of a property located in Spain is considered. The Court emphasizes its doctrine limiting the role of *renvoi* when it leads to the fragmentation of the succession. In line with this idea, it analyzes the concept of domicile in English Law and the incidence of the foundation of a Trust according to the Law of Malta in the succession of the deceased.

**Keywords:** law applicable to succession, Freedom to make a will, Law applicable to Spanish “legítima sucesoria”, *Renvoi*, *Trust* founded according to a Foreign Law on goods located abroad.

**Sumario:** I. Introducción. II. Los hechos del supuesto resuelto en casación por el Tribunal Supremo en la Sentencia núm. 685/2018, de 5 de diciembre. III. El problema esencial que se aborda en este recurso: la incidencia del reenvío en la determinación de la ley aplicable a una sucesión anterior a la entrada en vigor del Reglamento 650/2012. IV. Otros problemas jurídicos interesantes tratados en esta decisión judicial: la noción de domicilio en el Derecho inglés. V. Resolución del supuesto si el fallecimiento del causante se hubiera producido en una fecha que hubiera permitido aplicar el Reglamento UE 650/2012, en materia de sucesiones. VI. Conclusiones.



## I. Introducción

1. De todos es sabido que, en el Derecho Internacional Privado español, con anterioridad a la aplicación del Reglamento de la Unión Europea<sup>1</sup> en materia de sucesiones *mortis causa*<sup>2</sup>, la ley aplicable a una sucesión por causa de muerte se determinaba de conformidad con el art. 9. 8 del Código Civil.

Este precepto legal contiene una norma de conflicto con un punto de conexión único basado en la nacionalidad del causante en el momento del fallecimiento. Se trata, por consiguiente, de un punto de conexión basado en la identidad cultural de la persona, que es lo que refleja la opción por la nacionalidad en este tipo de situaciones. En todo caso, si se opta por otorgar testamento, las disposiciones testamentarias, según el mismo art. 9. 8, se rigen por la ley nacional del testador en el momento de su otorgamiento.

2. En este punto, el Derecho sustantivo español tiene una peculiaridad que se explicará más adelante en este comentario: el derecho de legítima. Se trata de una limitación a la libertad de disposición sobre el propio patrimonio en el momento del fallecimiento, por razón del parentesco.

Esta institución es objeto de discusión en la actualidad<sup>3</sup> y es razonable que así lo sea, puesto que, en el fondo, el legislador está introduciendo un límite de disposición a los sujetos en cuanto al destino de sus bienes tras su fallecimiento. Parece que la libertad en este ámbito del Derecho Privado puede favorecer una mayor cooperación entre los miembros de las familias durante la vida de sus integrantes y, en todo caso, iría en la línea de favorecer la autonomía privada, el control sobre el patrimonio de cada sujeto.

En una concepción distinta, parece que al menos una parte importante del patrimonio personal sería colectivo, en el sentido de “común” a los miembros de la familia considerados herederos forzosos. En todo caso, no es el objeto del presente trabajo dar solución a esta compleja cuestión, que debería resolverse de acuerdo con los valores imperantes en la sociedad cuyas relaciones de Derecho Privado se trata de regular. De ahí, probablemente, las diferencias entre el Derecho sustantivo común español y el británico, a las que nos vamos a referir.

3. Este trabajo está, principalmente, orientado a analizar los problemas del supuesto desde la perspectiva del Derecho Internacional Privado. No obstante, es evidente que ello no puede realizarse sin tomar en consideración las consecuencias en el plano del Derecho sustantivo de lo afirmado aquí.

## II. Los hechos del supuesto resuelto en casación por el Tribunal Supremo en la Sentencia núm. 685/2018, de 5 de diciembre

4. En este caso, el Tribunal Supremo resuelve un recurso de casación relativo a la sucesión de un nacional británico, D. Mateo, fallecido el 25 de julio de 2013 en Villalonga (Valencia), donde tenía su residencia habitual en el momento del fallecimiento.

El causante había otorgado testamento el 12 de diciembre de 2012, ante un notario de Gandía, en favor de su esposa, Dña. Bernarda, con la cual convivía cuando murió. En dicho testamento, D. Mateo instituía heredera a la demandada en relación con su patrimonio en España. Dicho patrimonio consistía en un inmueble destinado a la vivienda familiar de la pareja, situado en Villalonga. Asimismo, declaraba en este mismo documento, que su domicilio se encontraba en Reino Unido. Todo parece indicar que la pareja no tenía descendencia. No obstante, D. Mateo tenía dos hijos, que son quienes plantean la demanda.

Los hijos del fallecido, D. Francisco y D. Genaro, demandaron en instancia a Dña. Bernarda, reclamando, esencialmente, su declaración como herederos forzosos, legitimarios del causante. Esta declaración, de conformidad con el Derecho español<sup>4</sup>, implica que el causante no puede disponer li-

<sup>1</sup> En adelante, UE.

<sup>2</sup> Reglamento 650/2012, 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* de 27 de julio de 2012.

<sup>3</sup> V. al respecto, por ejemplo, M. P. GARCÍA RUBIO/ T. F. TORRES GARCÍA: *La libertad de testar*, Fundación Coloquio Jurídico, 2014.

<sup>4</sup> Arts. 806 y 807 del Código Civil español.

bremente de parte de su patrimonio al testar. Además, según su opinión, el domicilio del fallecido se encontraría en España, al haber vivido en este país de una manera estable y permanente desde 1998 y no en el Reino Unido, que es lo que declara el propio fallecido en el momento de designar como heredera del inmueble a la demandada.

5. Concretando más las peticiones de los demandantes, se debe destacar que reclamaron: en primer lugar, que se considerase nula la escritura de adjudicación de herencia de D. Mateo otorgada ante un notario de Gandía; en segundo término, que se redujese la institución como heredera de Dña. Bernarda, para respetar los derechos de legítima de los demandantes, y, por último, que se declarase que, como consecuencia de dicha calificación como legitimarios, les correspondería un sexto de lo recibido por Dña. Bernarda en propiedad y otro sexto en usufructo.

6. Por consiguiente, según su demanda, a la viuda le correspondería tan solo el usufructo del tercio de mejora y el tercio de libre disposición, que sería la única parte del patrimonio del causante sobre la que éste, según la opinión de los demandantes, podía disponer.

7. La parte demandada puso de manifiesto los demandantes habían recibido por otra vía bienes del causante. Según los datos que expone Dña. Bernarda, antes del deceso de D. Mateo, éste había constituido un *Trust* en Malta, por más de un millón de euros. Los beneficiarios de dicho *Trust* serían, precisamente los demandantes<sup>5</sup>. De tal manera que, de ser cierta dicha información, resulta evidente que los demandantes no se verían especialmente perjudicados si, dado el caso, se vieran desprovistos, en todo o en parte, de la propiedad del inmueble al que se refiere el litigio de la sentencia del Tribunal Supremo núm. 685/2018. De hecho, ya algún autor se ha referido expresamente al *Trust* como un instrumento de planificación sucesoria<sup>6</sup>.

8. Por otro lado, según la información facilitada por Dña. Bernarda, en el patrimonio del causante también se encontrarían activos financieros, tales como cuentas bancarias y acciones en Reino Unido, a los que tampoco parece referirse la escritura pública otorgada ante el notario de Gandía.

### III. El problema esencial resuelto en este recurso: la incidencia del reenvío en la determinación de la ley aplicable a una sucesión anterior a la entrada en vigor del Reglamento 650/2012

9. En un supuesto como el descrito, la cuestión sobre cuál sea la Ley aplicable a la sucesión hereditaria se convierte en una decisión esencial<sup>7</sup>. De modo que conviene poner de relieve cómo la decisión en el escalón del Derecho Internacional Privado, previa a la resolución del problema sustantivo, no es en absoluto baladí, ni mucho menos superflua. Más bien al contrario, la decisión de política legislativa que implica el diseño de la norma de conflicto y la elección de su punto de conexión es, en la mayoría de las ocasiones, clave en relación con los intereses sustantivos de las partes y la satisfacción de sus derechos subjetivos.

<sup>5</sup> Es conocido que la figura del *Trust* es desconocida en el Derecho material español. Sin embargo, el Derecho Internacional Privado español se encuentra en ocasiones en la necesidad de solventar cuestiones relacionadas con ella, pues es típicamente empleada por los nacionales angloamericanos, dado que es un instrumento jurídico típico del *Common Law*. Como ya indicó hace tiempo M. VIRGÓS SORIANO, en su obra *El Trust y el Derecho español*, Madrid, Civitas, 2006, entre otras, p. 15 y 16: los bienes del *Trust* constituyen un fondo separado y no forman parte del patrimonio del *trustee* y quedan blindados de la herencia del fundador del *Trust*. Por su parte, los beneficiarios del *Trust* (en este caso, los demandantes) tienen sobre los bienes del *Trust* una suerte de “derecho real”, con eficacia frente a terceros. Así, la separación de los fondos del *Trust* no entran en su herencia, ni se transmiten a sus herederos. Tampoco, en caso de insolvencia, pasarían a la masa de la quiebra, tampoco en el caso de la quiebra del *trustee* (p. 23). También puede consultarse, sobre la figura del *Trust*, el trabajo, algo menos reciente, de C. GONZÁLEZ BEILFUSS: *La institución angloamericana del Trust y el Derecho Internacional Privado español*, Barcelona, Bosch, 1997.

<sup>6</sup> V. M. VIRGÓS SORIANO: *El Trust...*, *op.cit.*, p. 27.

<sup>7</sup> Lo cual recuerda, salvando las distancias por el tipo de materia e incluso por la cuantía, al tan acertado título del trabajo del profesor F. J. GARCIMARTÍN ALFÉREZ “Cuando la norma de conflicto vale millones de dólares, el art. 9.2 del Directiva 98/26 y su desarrollo por el legislador español”, *Revista de Derecho Comunitario Europeo*, año núm. 3, núm. 6, 1999, pp. 419-428.

En una controversia como esta, se trata, entonces, de decidir cuál es la Ley aplicable, tomando en consideración no solamente la norma de conflicto del Derecho Internacional Privado español, sino también el mecanismo del reenvío recogido en el art. 12.2 del Código Civil.

En este precepto legal, como es sabido, el Derecho autónomo español se muestra reacio a la admisión del reenvío, partiendo, en este sentido, de que toda remisión a un Derecho extranjero lo será, en principio, a su Derecho material<sup>8</sup>.

**10.** No obstante, en el Derecho Internacional Privado autónomo español, se contempla la posibilidad de tener en cuenta las normas de conflicto del Derecho extranjero cuando ello conduzca a una remisión al Derecho del foro. Es decir, que se rechaza el reenvío de segundo grado, pero se admite el reenvío de primer grado, también conocido como reenvío de retorno, por el efecto rebote al ordenamiento jurídico español provocado por los diferentes puntos de conexión de los ordenamientos jurídicos relevantes.

Parece evidente que, en el momento de la redacción del art. 12.2 del Código Civil, el legislador se mostró claramente partidario de favorecer la aplicación de su propia Ley frente al Derecho extranjero. Para ello, en todo caso, es necesario que la diferencia en los puntos de conexión del Derecho nacional y el Derecho extranjero permita esta segunda remisión<sup>9</sup>.

**11.** La técnica del reenvío, por lo tanto, puede modificar radicalmente la solución sustantiva de un litigio en el ámbito del Derecho privado, en la medida en que los puntos de conexión de los distintos ordenamientos jurídicos nacionales afectados responden a decisiones de política legislativa que reflejan opciones ideológicas diferentes, así como aspectos culturales y/o políticos y sociales propios de cada sociedad y de cada Estado.

En este caso, parece claro, dado que todos los tribunales involucrados parten de ello y ninguna de las partes lo discute, que la solución jurídica sustantiva varía en función de que el Derecho aplicable sea el español o el británico. La diferencia esencial radica en que en el Reino Unido se contempla la libertad de testar y, sin embargo, en el Derecho civil común español, como se ha explicado más arriba, prima la idea de que ciertos familiares se consideran herederos forzosos y se protegen sus expectativas en la sucesión *mortis causa*, a través de las legítimas<sup>10</sup>.

Por otro lado, también existen divergencias en el diseño de la norma de conflicto para localizar el ordenamiento jurídico aplicable en este tipo de situaciones sucesorias. Así, mientras en el Derecho Internacional Privado autónomo español, como he señalado, el punto de conexión para determinar la Ley aplicable es la nacionalidad del causante, en el Derecho inglés no se protege la unidad del patrimonio hereditario y se fragmenta la determinación de la Ley aplicable, dando relevancia a la noción de domicilio respecto de los bienes muebles y a la del lugar de situación respecto de los bienes inmuebles.

**12.** Históricamente, la idea de la unidad de la sucesión, propia del Derecho Internacional Privado español, en el que todo el patrimonio del fallecido se somete a un mismo ordenamiento jurídico, se ha concebido como un límite al reenvío de retorno. Así se ha puesto de manifiesto en algunas resoluciones del Tribunal Supremo citadas en esta misma sentencia 685/2018<sup>11</sup>.

<sup>8</sup> V. al respecto, las explicaciones de S. ÁLVAREZ GONZÁLEZ: “El Reglamento 650/2012: disposiciones referentes a la sucesión de determinados bienes, reenvío y orden público”, *El Reglamento (UE) 650/2012: su impacto en las sucesiones transfronterizas*, Colegio Notarial de Cataluña/ Marcial Pons, 2016, en especial, p. 138.

<sup>9</sup> Esta diferencia en los puntos de conexión escogidos por cada legislador es una decisión de política legislativa que muestra una diferente concepción jurídica del problema de que se trate en cada caso. Esta diferencia es, normalmente, reflejo de las preferencias sociales del momento o de los objetivos de política legislativa al que responda la *ratio* del sector de Derecho material de que se trate en cada caso.

<sup>10</sup> No obstante, es conveniente tener en cuenta que en el Derecho inglés existe una institución que cumple una función similar, las denominadas *provisions* (v, por ejemplo, las explicaciones de M. A. CUEVAS DE ALDASORO en “Título sucesorio de los ciudadanos británicos en España”, discurso leído el 14 de febrero de 2018 para acceder a la Real Academia de Legislación y Jurisprudencia de Murcia (accesible en internet), esp. p. 101.

<sup>11</sup> De todos es sabido que no es la primera vez que el Tribunal Supremo español se enfrenta a esta cuestión. A este respecto, son conocidas las sentencias de 15 de noviembre de 1996 y 21 de mayo de 1999 en las que el Tribunal Supremo se mostró partidario de aplicar la ley británica y negar el reenvío de retorno con el fin de respetar el principio de unidad y universalidad

En el supuesto que estamos analizando, los demandantes defienden la aplicación del Derecho español precisamente apoyándose sobre la idea de que, si bien el causante era británico, los bienes del caudal hereditario se encuentran íntegramente situados en España. Por consiguiente, cabría tener en cuenta el reenvío en la medida en que conduce a la aplicación del Derecho español y que, además, al no haber bienes muebles que transmitir, no se produciría una fragmentación de la sucesión.

**13.** La demandada, por su parte, defiende que el sistema jurídico aplicable es el Derecho inglés, a resultas de la nacionalidad del causante y, por lo tanto, le ampara la libertad de testar propia de este ordenamiento jurídico. En cuanto a la posibilidad de reenvío, se encontraría entonces vedada por el hecho de que el domicilio del causante estaría en Reino Unido, como el mismo declara y se desprendería del arraigo que aún tendría con su localidad natal, y la fragmentación que supondría que, sin embargo, el inmueble objeto al que se refiere la controversia se encuentra en España.

Parece evidente que, en este punto, hay un salto argumentativo que se asume y que es preciso mencionar, desde la perspectiva del Derecho Internacional Privado: se está solucionando implícitamente el problema de aplicación relativo a la remisión a un sistema plurilegislativo<sup>12</sup>. Esta disposición establece, como es sabido, un sistema de remisión indirecta en el que se da preferencia a la solución prevista en el Derecho designado por la norma de conflicto española para solucionar el problema y determinar cuál es el Derecho definitivamente aplicable de todos aquellos que convivan en el sistema legal designado.

**14.** La demandada, como ya se ha mencionado, defiende que los demandantes ya han percibido, de algún modo, otros bienes del causante, puesto que en el patrimonio de D. Mateo también habría un *Trust* constituido en Malta. Según afirma el Tribunal Supremo al resolver el recurso, este dato se declara probado en la sentencia recurrida. Y, por otro lado, también existirían cuentas corrientes y algunos activos financieros localizados en Reino Unido.

**15.** El Juez de Primera Instancia entendió que el Derecho aplicable a esta sucesión sería el español, basando, de este modo, su respuesta en la pertinencia del reenvío de retorno, así como en la importancia de evitar el fraccionamiento de la sucesión. Desde su punto de vista, el domicilio del causante se situaría en España y también, en relación con los bienes inmuebles, el único existente estaría localizado en España.

Por consiguiente, para dicho Juez, el hecho de que el causante hubiera declarado en un documento público que su domicilio se encontraba en Reino Unido a efectos sucesorios no sería, en absoluto, determinante.

**16.** La Audiencia Provincial de Valencia (Sección 7ª), por el contrario, al resolver el recurso de apelación, se mostró partidaria de localizar el domicilio del demandado en Leeds (Reino Unido). Según se desprende también de la sentencia del Tribunal Supremo, los principales argumentos para afirmar esto serían: la propia declaración del fallecido al otorgar el testamento, que habría quedado acreditado cierto arraigo con su localidad natal y que allí conservaba algunas cuentas bancarias. Ello le condujo a estimar el recurso y desestimar la demanda, con lo cual se habría aplicado el Derecho inglés y descartado el reenvío. Esta resolución, desde luego, dejaba en mejor posición a la demandada que la de Primera Instancia.

Por su parte, el Tribunal Supremo establece, con claridad, en su sentencia, que la Ley aplicable a esta sucesión es el Derecho inglés, atendiendo a la nacionalidad del causante, de conformidad con lo establecido en el art. 9.8 del Código Civil. El Tribunal asume que existe la posibilidad teórica de un reenvío de retorno sobre la base de que los puntos de conexión del Derecho. No obstante, para determinar si una persona está domiciliada en Reino Unido, lo relevante es lo que establezca el Derecho británico a estos efectos y no tanto el concepto de domicilio en Derecho español. Esta afirmación la entronca el tribunal con la idea de la armonía internacional de soluciones, entendiendo que, cuando aplica el De-

---

de la herencia que recoge el art. 9.8 del Código Civil, mientras que en su sentencia de 23 de septiembre de 2002 optó por tener en cuenta el reenvío sobre la base de que el causante tenía a su fallecimiento solamente bienes inmuebles radicados en España (Muy bien explicado en el trabajo de M. A. CUEVAS DE ALDASORO antes citado, en esp. pp. 41 y 43).

<sup>12</sup> Este problema de aplicación, como es sabido, se regula en el art. 12.5 del Código Civil.

recho extranjero, el juez español debe adoptar la posición más aproximada a cómo lo haría un Juez del Estado en cuestión<sup>13</sup>.

17. Parece lógico que, si estamos aplicando, o al menos teniendo en cuenta, lo dispuesto en una norma de conflicto de Reino Unido, debemos interpretar el punto de conexión de acuerdo con el Derecho de dicho Estado, pues forma parte de este sistema jurídico. Del mismo modo, cuando aplicamos una norma de conflicto de la *lex fori*, en este caso el Derecho español, el punto de conexión lo debemos interpretar de acuerdo con dicho ordenamiento jurídico. Por lo tanto, opino que tanto la Audiencia Provincial de Valencia, como el Tribunal Supremo, realizaron una interpretación adecuada del problema jurídico, cuando interpretaron el concepto de domicilio de conformidad con el Derecho inglés, y no con el art. 40 del Código Civil español, como pretendían los demandantes.

18. Por otro lado, en cierto modo, da la impresión de que el Tribunal busca una solución materialmente justa para el supuesto, en el que la esposa del fallecido quedaría en una posición muy desventajosa si ni tan siquiera pudiese heredar al fallecido en la titularidad de la vivienda habitual de ambos, teniendo en cuenta la cuantía del *Trust*. Pero esto no deja de ser una valoración personal, que no debe afectar a la búsqueda de la más correcta interpretación posible de las normas de Derecho Internacional Privado español en supuestos como este, tan frecuentes en la práctica de un Estado en el que conviven personas de diferentes nacionalidades, como es el nuestro.

#### IV. Otros problemas jurídicos interesantes tratados en esta decisión judicial: la noción de domicilio en el Derecho inglés

19. Un problema jurídico sobre el que también trata esta Sentencia del Tribunal Supremo es el concepto de domicilio en Derecho inglés. Es evidente que esta cuestión es un tema en sí mismo y que merecería una investigación independiente, debido, sobre todo, a las implicaciones que tiene como punto de conexión utilizado en diferentes sectores del Derecho. Concretamente, en Derecho de sucesiones y en la regulación de los impuestos. En el *Common Law*, la localización del domicilio puede resultar esencial para decidir, por ejemplo, si se aplica el Derecho del Reino Unido o bien un Derecho extranjero a un determinado problema jurídico<sup>14</sup>.

20. La importancia de la localización del domicilio, en este caso, afecta directamente a la admisibilidad o no del reenvío, dado que el bien situado en España (el inmueble) no puede ser incluido en el *Trust*<sup>15</sup> y quedaría sometido al Derecho español, por ser el del lugar de situación, según el Derecho Internacional Privado inglés. La posible fragmentación de la sucesión, como ya se ha señalado, puede fundamentar la exclusión del reenvío de retorno en nuestro sistema, que se apoya en la idea de la unidad de la sucesión. De ahí que la situación del domicilio del causante en Reino Unido o en España sea determinante en esta *litis*. Y, por ello, además, se entiende que se aporte en el procedimiento un Informe sobre esta noción, que no coincide con la equivalencia domicilio – residencia habitual propia del Derecho Privado español, a raíz de lo dispuesto en el art. 40 del Código Civil y de la jurisprudencia del Tribunal Supremo interpretándolo a la que el propio Tribunal hace referencia en la última parte del Fundamento Jurídico Tercero.

No existe en Derecho inglés una definición legal expresa<sup>16</sup> del concepto de “*domicile*”, pero sí que es determinante, como ocurre en la controversia que estamos analizando, la elección por parte de aquellas personas que se trasladan a trabajar o a residir a otro país. El mero hecho de trasladarse a otro

<sup>13</sup> La frase del Tribunal Supremo es contundente: “...Es así porque siempre que debe aplicarse un Derecho extranjero por el juez español, éste debe fallar del modo más aproximado a como lo haría un tribunal de dicho Estado y ha de aplicar el Derecho extranjero en su integridad”.

<sup>14</sup> Muy bien explicado en <https://www.russell-cooke.co.uk>. Página consultada el 23 de junio de 2019.

<sup>15</sup> Sobre la necesaria exclusión al constituir o reconocer un *Trust* de los bienes situados en España, v. la precitada obra de M. VIRGÓS SORIANO: *El Trust y...*, op. cit., p. 38.

<sup>16</sup> V. las explicaciones contenidas en la página web citada más arriba.

estado con cierto ánimo de estabilidad no sería suficiente para afirmar un cambio de domicilio, si no se comprueba dicha intencionalidad por parte de la persona afectada. De ahí la importancia de las manifestaciones de D. Mateo en la escritura pública otorgada en Gandía, así como de otros factores, como la existencia de ciertos vínculos, tanto personales como patrimoniales, con su país de origen.

Además, el domicilio se refiere a una nación en concreto: en este caso a Inglaterra, en lugar de a Reino Unido como Estado en su conjunto.

21. Estos datos parecen indicar, por consiguiente, que la decisión de la Audiencia Provincial y del Tribunal Supremo, primando la voluntad del causante en relación con su domicilio a efectos sucesorios, es acertada. Por lo que, en cuanto a los bienes muebles, el Derecho aplicable no sería el Derecho español, sino el Derecho inglés, y ello impediría el juego del reenvío.

## V. Resolución del supuesto si el fallecimiento del causante se hubiera producido en una fecha que hubiera permitido aplicar el Reglamento UE 650/2012, en materia de sucesiones

22. A la hora de resolver este supuesto, la fecha del fallecimiento de D. Mateo tiene una importancia fundamental, del mismo modo que la fecha de las disposiciones *mortis causa* a las que se refiere la sentencia. La razón para afirmar esto, como ya se ha señalado más arriba, es que el Reglamento UE 650/2012, que regula los diversos aspectos de las sucesiones *mortis causa* que afectan al Derecho Internacional Privado<sup>17</sup>, se empezó aplicar a las personas fallecidas a partir del 17 de agosto de 2015, aunque, como establece su art. 83, puede aplicarse a algunas disposiciones *mortis causa* elaboradas antes de esa fecha.

En el caso que estamos analizando, la aplicación del Reglamento afectaría claramente a la solución del asunto. El Reglamento parte, con carácter general, de un criterio de conexión diferente: la residencia habitual del causante en el momento del fallecimiento<sup>18</sup>. En definitiva, se opta por el centro de intereses vitales del fallecido, por el Estado en el que principalmente habita. Existe, no obstante, la posibilidad de elegir la ley aplicable con ciertos límites<sup>19</sup>.

23. Por lo tanto, en principio, la Ley aplicable a este problema sucesorio, salvo que entendamos que de lo manifestado por el causante en la escritura pública se deduce una elección tácita del Derecho inglés, sería el Derecho español, sin posibilidad de reenvío, como es lógico.

También la regulación del reenvío es bastante diferente a la del Derecho autónomo español en este Reglamento UE<sup>20</sup>. Parece descartarse el reenvío de retorno, pues el art. 34 del reglamento no hace referencia alguna al mismo. A mi entender, este precepto tan solo está admitiendo el reenvío cuando la remisión inicial de la norma de conflicto nos conduce a la aplicación del Derecho de un tercer Estado. El silencio respecto de otras posibilidades, creo que las está excluyendo. No las regula, porque no las admite. Eso implicaría que, en un supuesto como el que nos ocupa, si pudiéramos llegar a concluir que hay una elección tácita del Derecho inglés, ello impediría el juego del reenvío por no tratarse del ordenamiento jurídico de un tercer Estado.

24. En los casos en que la norma de conflicto sí efectúa una remisión inicial al Derecho de un tercer Estado, sí se admite el reenvío, siempre que las normas de conflicto de dicho Estado utilicen un punto de conexión diferente y que remitan: bien a la Ley de un Estado miembro de la UE o bien a la Ley de un tercer Estado que no remite a un ordenamiento jurídico diferente.

25. Se trata, por lo tanto, de limitar el reenvío a los casos en los que la remisión inicial conduzca a Ley de un Estado no miembro, siempre que se produzca el retorno al Derecho de un Estado miembro

<sup>17</sup> En relación con este Reglamento, v. A. BONOMI/ P. WAUTELET: *El Derecho europeo de sucesiones*, Cizur Menor, Aranzadi, 2015.

<sup>18</sup> V. art. 21 del Reglamento y 25 en cuanto a los pactos sucesorios.

<sup>19</sup> V. esencialmente, el art. 22 del Reglamento.

<sup>20</sup> V. art. 34 del Reglamento.

o bien que se produzca la remisión al Derecho de un tercer Estado que no contenga remisión alguna a otro ordenamiento jurídico.

Se potencia claramente así la aplicación, sobre todo, del Derecho de sucesiones de los Estados miembros.

## VI. Conclusiones

**26.** En la sentencia del Tribunal Supremo núm. 685/2018 se resuelve un litigio en materia de sucesiones *mortis causa* aún no regido por el reglamento UE 650/2012, sino por el Derecho Internacional Privado autónomo español. Al aplicarse el art. 9. 8 del Código Civil para determinar la Ley aplicable a la sucesión, prima el criterio de la nacionalidad del causante. No obstante, se discute la admisibilidad del reenvío, siempre condicionada en nuestro sistema por la idea de la unidad y la universalidad de la sucesión.

A la hora de decidir sobre la admisibilidad del reenvío, es fundamental el concepto de domicilio previsto en el Derecho inglés, que, en este caso, parece estar localizado en Reino Unido, según declaró el propio fallecido en la escritura en la que nombraba a su esposa heredera del inmueble situado en España objeto de controversia. Ello conduciría, como acertadamente establecen tanto la Audiencia Provincial de Valencia como el Tribunal Supremo a impedir el juego del reenvío para no poner en riesgo la unidad de la sucesión.

**27.** Todo apunta, sin embargo, a que, de haber sido aplicable a este supuesto el Reglamento 650/2012 la solución al mismo hubiera variado, puesto que han cambiado tanto el punto de conexión generalmente aplicable, como la regulación del reenvío, si comparamos con el Derecho autónomo español.

**28.** En mi opinión, el cambio de criterio del legislador de la UE en favor de la residencia habitual es positivo, en la medida en que no priva a las personas de la posibilidad de someter su sucesión a la Ley de su nacionalidad, si ese es su deseo.

Más compleja parece la regulación del reenvío en este nuevo instrumento de la UE, por lo que parece preciso un estudio en profundidad de las consecuencias prácticas de esta nueva regulación.

En todo caso, la aproximación que hace al supuesto el Tribunal Supremo me parece bastante adecuada, dentro de la brevedad con la que se acerca a estas cuestiones que presentan una cierta complejidad y en las que se plantea claramente un juego de suma cero entre las partes.

LA FILIACIÓN INTERNACIONAL A EXAMEN POR EL  
TRIBUNAL SUPREMO. A PROPÓSITO DE LAS SENTENCIAS  
TS 223 Y 224 DE 17 DE ABRIL DE 2018

INTERNATIONAL DECLARATION OF PARENTAGE BEFORE  
THE SUPREME COURT. SUPREME COURT CASE LAW N° 223  
AND 224, 17TH APRIL 2018

MÓNICA GUZMÁN ZAPATER  
*Catedrática de Derecho internacional privado*  
UNED

Recibido: 13.03.2019 / Aceptado: 11.04.2019

DOI: <https://doi.org/10.20318/cdt.2019.4982>

**Resumen:** Dos Sentencias del TS de 2018 abordan el problema de la sucesión de normas de competencia judicial y norma de conflicto en procesos de filiación. En atención a los valores que presiden la materia se decantan soluciones ad hoc sin proclamarla aplicación retroactiva de las nuevas normas en la materia.

**Palabras clave:** filiación, competencia judicial internacional, ley aplicable, elemento temporal de las normas de conflicto, valores y objetivos en presencia, otras cuestiones.

**Abstract:** In two cases Spanish Supreme Court goes through the question of temporary application of new rules on jurisdiction and applicable law in ascertainment filiation actions. Taking into account interest and values on filiation actions finally establishes ad hoc solutions in each case avoiding a formal declaration on it's retroactive consequences.

**Keywords:** filiation, international jurisdiction, applicable law, time element in conflict of law rules, values and objectives, other questions.

**Sumario:** I. Introducción. II. Hechos y desarrollo judicial. III. Sobre la aplicación temporal del art. 22 *quater* LOPJ. IV. Sucesión de norma de conflicto: el art. 9.4 CC. 1. Argumentos. 2. Valoración. V. Sobre la admisión del recurso de casación por infracción de ley extranjera. VI. Otros elementos para la comprensión del nuevo sistema de Derecho internacional privado en materia de filiación.

## I. Introducción

1. A ningún jurista se le escapará la trascendencia de las disposiciones transitorias en tiempos de cambios legislativos. La aplicación en el tiempo de las normas de Derecho internacional privado puede adquirir gran relieve. Más aún si sobre la materia planea una fuerte carga valorativa como ocurre con las acciones de estado y muy especialmente en las acciones de filiación en las que tiene lugar una confluencia de intereses públicos y privados. Es éste un hecho condicionante de la propia vida personal del individuo y determinante de la posición como persona en una sociedad.



2. En los supuestos internacionales –caracterizados por la vinculación de la persona cuya filiación se cuestiona con dos o más ordenamientos– la sucesión de normas en esta materia puede tener consecuencias enormes. Condiciona el propio ejercicio del derecho de acceso a la justicia según que los órganos judiciales españoles resulten ser o no competentes. Complica la cuestión de la determinación de la ley aplicable y por tanto el establecimiento de la verdad biológica, un derecho constitucionalmente reconocido *ex art.* 39.2 CE, dada la disparidad e incluso contradicción normativa de un sistema jurídico a otro: cabe que el ordenamiento designado permita la impugnación o en su caso la determinación, o en cambio se impida la acción de filiación. De modo que no es irrelevante que el asunto se suscite ante los tribunales españoles y de admitirse la demanda y aplicado el art. 9.4 CC quede sujeto a la ley de un ordenamiento estatal u otro. Estos son los dos problemas centrales cuya regulación precisamente ha experimentado cambios en las sucesivas reformas legislativas: sucesión de las normas determinantes de la competencia judicial internacional de los tribunales españoles<sup>1</sup> y hasta tres reformas que han afectado a la norma de conflicto en la materia (art. 9.4 CC)<sup>2</sup>. Es, excepcionalmente uno de los sectores de problemas sobre los que no inciden normas convencionales o europeas.

3. Las dos Sentencias del Tribunal Supremo 223/2018<sup>3</sup> y 224/2018<sup>4</sup> ambas de 17 de abril 2018 (ponente: M.A Parra Lucan) objeto de este comentario son exponente del buen hacer de tantos jueces interesados en afrontar la complejidad consustancial a las situaciones privadas de tráfico externo, que se acentúa cuando se trata de la determinación de la filiación y los mecanismos de regulación no son del todo satisfactorios. Relatados sumariamente los hechos (II), veremos cómo se plantean, en primer término, el problema de la sucesión de las normas de competencia judicial internacional así como del art. 9.4 CC para la determinación del derecho aplicable en relación con acciones de filiación planteadas con anterioridad a la entrada en vigor de las nuevas normas (III y IV); en segundo lugar, se afianza la admisibilidad del recurso de casación por infracción del derecho extranjero (V), y finalmente, por el camino se despejan otras cuestiones no menos relevantes sobre el régimen jurídico de las acciones de filiación en los supuestos con elemento extranjero (VI).

## II. Hechos y desarrollo judicial.

4. En la STS 223/2018 (en adelante, *caso suizo*) el TS se pronuncia sobre una acción de impugnación de una filiación matrimonial y reclamación de filiación paterna no matrimonial (acción mixta), por demandante español, respecto de un supuesto hijo menor de edad, con residencia habitual en Suiza, pero de nacionalidad española. La parte demandada –la madre en representación del hijo menor– alega, en primer término, la incompetencia de los tribunales españoles sustentada en la sola nacionalidad del demandante español y residente en España, en favor de los tribunales suizos por tener allí los demandados –y el menor cuya filiación es objeto de impugnación– su residencia habitual. En segundo lugar, exige la aplicación de la ley suiza al coincidir con la residencia habitual del presunto hijo (art. 9.4 CC en la redacción de 2015), a sabiendas de que en el derecho suizo el derecho a la acción del presunto padre estaba prescrito por haber transcurrido un año desde el nacimiento del menor. Habiendo sido presentada la demanda en marzo de 2013, en 1ª Instancia el demandante solicitaba la impugnación de la filiación matrimonial del menor, establecida e inscrita respecto de otro padre y la afirmación de su paternidad no matrimonial, cuestión que admitió el J1ª Instancia de Tarragona; aplicó el nuevo 9.4 CC y como la residencia habitual del menor cristalizaba en Suiza, descartó dicha ley en la que la acción estaba prescrita, para aplicar subsidiariamente la ley española correspondiente a una de sus dos nacionalidades. Dicha sentencia fue recurrida por la madre biológica ante la AP de Tarragona desestimándose el recurso. No

<sup>1</sup> LOPJ 2005 (art. 22.2) modificada por LO 7/2015, de 21 de julio, por la que se modifica la LO 6/1985, de 1 de julio, del Poder Judicial (BOE de 22 de julio 2015 (art. 22. *quater*, apart. d).

<sup>2</sup> La última por Ley 26/2015, de modificación del sistema de protección de la infancia y de la adolescencia (BOE de 29 de julio de 2015) en su artículo segundo.

<sup>3</sup> ECLI:ES:TS: 2018: 1281

<sup>4</sup> ECLI:ES:TS: 2018:1282

obstante, la AP modificó el criterio para llegar a la misma conclusión: aplicó el art. 9.4 CC (1996) vigente al inicio del litigio, por el que la ley aplicable era la ley nacional y subsidiariamente la residencia habitual del menor; como la nacionalidad española la ostentaba por ser hijo de españoles, la AP aplica la ley española. Dicha sentencia desestimatoria fue recurrida ante el TS por la madre, fundándose en la localización de la situación en su conjunto bajo el ámbito de la jurisdicción y la legislación suiza. De ahí el recurso ante el TS por infracción procesal de las normas sobre jurisdicción y competencia (motivo 1º), infracción del artículo 24 CE (motivo 2º), y en casación por inaplicación de la ley suiza (motivo 3º) e infracción e inaplicación de los artículos 9.1 y 9.4 CC, así como de Convenio CIEC relativo a la ley aplicable al nombre y a los apellidos, hecho en Múnich, el 5 de septiembre de 1980 (motivo 4º). En el TS la cuestión central relativa a la aplicación de la ley española o la ley suiza se resuelve por la ley suiza, estimando la designación que resulta de la aplicación del nuevo art. 9.4 CC.

5. En la STS 224/201(en adelante, *caso francés*) la demanda de reclamación de filiación no matrimonial es interpuesta por un hijo, de nacionalidad francesa y residente en España, solicitando la afirmación de la filiación respecto del presunto padre, nacional español y ya fallecido, contra sus presuntos hermanos todos ellos de nacionalidad española, opuestos a la práctica de las pruebas biológicas. El demandante ostentaba la nacionalidad francesa y declaraba ser residente en España desde hacía 45 años. La demanda fue presentada en 1ª instancia en abril de 2013, resolviendo favorablemente por sentencia de 22 de febrero de 2016 en aplicación del nuevo artículo 9.4 CC. Interpuesto el recurso de apelación por los herederos ante la AP Barcelona, fue desestimado confirmando la sentencia de instancia, aunque por razones diferentes. La AP entendió que no era de aplicación el nuevo art. 9.4 CC pues la demanda había sido interpuesta con anterioridad a su entrada en vigor. Pero dado que el actor ostentaba además de la francesa la nacionalidad española por naturaleza “aunque el Estado español no haya tenido hasta ahora ocasión de reconocerlo, pues es nacido de padre español... determinada la filiación por esta sentencia tiene derecho a optar”. Esto es, procede a una aplicación anticipada –o “conexión anticipada” en expresión de la AP– de la nacionalidad española<sup>5</sup>. En el Supremo la Magistrada descarta con buen criterio que el supuesto caiga bajo el ámbito del art. 9.1 CC dado que la determinación de la filiación se ubica en una regla especial en sede del art. 9.4 del mismo cuerpo legal, que suscita, también en este caso una cuestión de si es admisible o no la aplicación del nuevo art. 9.4 habida cuenta que el proceso ya estaba iniciado en instancia cuando entro en vigor la nueva norma. Concluye en el mismo resultado que la AP –aplicación de la ley de la residencia habitual y por consiguiente de la ley española–, si bien discrepa en cuanto al argumento central de aquella: no hay que proceder a una aplicación anticipada de la nacionalidad española si no que se emplea en justificar la aplicación de la nueva norma por razones imperativas.

6. En suma, en ambos supuestos 1º) se trataba de la aplicación del art. 9.4 CC en su nueva redacción a procesos pendientes en instancia; 2º) el derecho al ejercicio de la acción de filiación estaba prescrito en la ley que hubiera sido “normalmente” competente; 3º) se procede a una aplicación retroactiva del nuevo art. 9.4 CC; 4º) solo se separan en el resultado finalmente alcanzado: mientras en uno prospera la pretensión del demandante y queda establecida su filiación por aplicación de la ley española por ser la ley de la residencia habitual del presunto hijo en el momento de establecimiento de la filiación (*caso francés*), en el otro la designación de la ley de la residencia habitual (extranjera) impide que prospere la acción de impugnación de la filiación matrimonial y correlativamente la afirmación de la nueva filiación (*caso suizo*).

### III. Sobre la aplicación temporal del art. 22 *quater* LOPJ 2015

7. En la STS 223/2018 (*caso suizo*), uno de los motivos esgrimidos por los demandados desde la 1ª instancia, es la falta de competencia de los tribunales españoles, al sustentarse únicamente en la nacionalidad del demandante conforme al antiguo art. 22.3 LOPJ. Es motivo de recurso al TS por infracción

<sup>5</sup> Siguiendo en este punto una solución análoga del TS en Sentencia 289/2000, 22 de marzo 2000. Asimismo en otro caso SAP Avila, de 4 de mayo 1995 (cf. *REDI*, 1996,1, p. 359).

procesal, que se inadmite desde el entendimiento, por una parte, que el supuesto debe resolverse conforme a la “antigua” norma de competencia judicial internacional dado que la demanda se interpuso en 2013 y la “nueva” LOPJ, en vigor desde 2015, parte del principio de la irretroactividad de la ley<sup>6</sup>. De modo que los procedimientos iniciados al amparo de la legislación anterior quedan sujetos a lo dispuesto en la legislación anterior coincidente con aquella conforme a la que se inició el litigio. La presencia de una disposición transitoria impidiendo la aplicación retroactiva de la LOPJ en su redacción de 2015, evita el problema.

#### IV. Sucesión de norma de conflicto: el art. 9.4 CC

8. En los dos recursos el TS resuelve en favor de una aplicación –retroactiva– del nuevo art. 9.4 CC aunque curiosamente no lo mencione; sólo se refiere a una *aplicación inmediata* de la nueva regulación<sup>7</sup>. Recuérdese que en ambos casos la divergencia estriba en que el plazo para el ejercicio de la acción estaba prescrito en las legislaciones extranjeras y no así en la legislación española en la que dichas acciones son imprescriptibles (art. 132 CC, con matizaciones). Este verdadero conflicto de leyes se resuelve aplicando la nueva regla conflictual –designada por la *ley de la residencia habitual del hijo en el momento del establecimiento de la filiación*– justificado por la naturaleza materialmente orientada del art. 9.4 CC.

9. Debe recordarse que las sucesivas reformas en materia de filiación estuvieron orientadas, en un primer momento, a la adecuación del art. 9.4 CC al principio de igualdad superado el modelo de familia patriarcal, al tiempo que a hacer real y efectivo el principio de la verdad biológica derivado del mandato constitucional (art. 39.2 CE); este último desarrollado legalmente en un primer momento en el Código civil a través de unas normas generales (arts. 127-129)<sup>8</sup>, luego derogadas y alojado el núcleo central en el art. 767.2 LEC1/2000<sup>9</sup>. Desde la gran reforma por 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*<sup>10</sup>, el art. 9.4 CC retuvo la ley personal del hijo como conexión única en esta materia. El supuesto de la norma comprendía distintas cuestiones –“*el carácter y contenido de la filiación...*”–, pero en lo relativo a las acciones de filiación pese a la adecuación de la conexión al valor material –la prevalencia del establecimiento de la verdad biológica en interés del hijo<sup>11</sup>–, casi diez años después se toma conciencia de la insuficiencia de la norma de conflicto en atención a lograr el objetivo indicado. De ahí que por Ley 1/1996, de 15 de enero, *de Protección jurídica del Menor, de modificación parcial del Código civil y la Ley de Enjuiciamiento civil*<sup>12</sup>, la Disposición final primera modificaba de nuevo el art. 9.4 CC añadiendo una segunda conexión: “...se regirán por la Ley personal del hijo y si no pudiera determinarse ésta, se estará a la de la residencia habitual del hijo”. Dos conexiones jerarquizadas en función de la obtención del resultado material facilitaban la realización del valor subyacente, lo que

<sup>6</sup> Ley 7/2015, 21 de julio, por la que se modifica la LOPJ 1985, Disposición transitoria primera: “1. Los procedimientos que se rijan por normas de competencia judicial internacional en el orden civil iniciados con anterioridad a la entrada en vigor de esta Ley, *continuarán sustanciándose conforme a las normas que regían a la fecha de su incoación*”.

<sup>7</sup> STS 223 (F 5), STS 224 (F4)

<sup>8</sup> Ley 11/1981, de 13 de mayo, *de modificación de la filiación, patria potestad y régimen económico del matrimonio*, quizás la más profunda y de mayor repercusión social por ser la primera. En materia de filiación tuvo por objeto prioritaria la adaptación de las normas del Cc vigente al principio constitucional de igualdad entre los hijos. Fue esta Ley 11/ 1981, la que dio un giro radical en esta materia por el mandato constitucional del art. 39.2 CE, pues hasta entonces imperaba el modelo napoleónico de prevalencia de la paz familiar sobre el establecimiento de la verdad biológica. *Vid.* L.DÍEZ PICAZO/ A.GULLÓN BALLESTEROS, *Sistema de Derecho civil*, IV, t. I *Derecho de familia*, 11 ed. Tecnos, Madrid, 2012.

<sup>9</sup> LEC art.767 “1. *En ningún caso se admitirá la demanda sobre determinación o impugnación de la filiación si con ella no se presenta un principio de prueba de los hechos en que se funde.* 2. *En los juicios sobre filiación será admisible la investigación de la paternidad y de la maternidad mediante toda clase de pruebas, incluidas las biológicas...*”.

<sup>10</sup> BOE 17 de noviembre 1987

<sup>11</sup> *Cf.* J.D. GONZÁLEZ CAMPOS, . “Art. 9.4”, *Comentario del Código civil*, Ministerio de Justicia, Madrid, 1991, vol. I. p. 86; un principio revolucionario con respecto al Derecho anterior (*cf.* C. LASARTE, *Compendio de Derecho de Familia*, 7ª ed. Dickinson, UNED, 2017, p. 235).

<sup>12</sup> BOE 17 de enero 1996

permitía caracterizarla como una norma de conflicto materialmente orientada<sup>13</sup>. Finalmente, las carencias de aquella redacción en atención al objetivo perseguido, han provocado de nuevo otra redacción del art. 9.4 CC por Ley 26/2015, de 28 de julio, de *modificación del sistema de protección de la infancia y de la adolescencia*<sup>14</sup>. El rasgo más sobresaliente es la introducción de la residencia habitual de la persona cuya filiación se cuestiona como conexión principal, pasando la nacionalidad a ser la conexión subsidiaria y por último la ley española como conexión de cierre<sup>15</sup>. De modo que se amplían a tres las conexiones a partir de las cuales y en un orden jerarquizado debe alcanzarse el establecimiento de la verdad biológica en interés del hijo.

10. El valor retenido por la norma de conflicto cristaliza en el establecimiento de la verdad biológica –art. 39.2, inciso último de la CE– conjugado con el *favor filii*<sup>16</sup>. La presencia de menores en estas acciones comporta que el *interés de menor* deba identificarse por instituciones<sup>17</sup>, coincidiendo también en estas acciones con el *establecimiento de la verdad biológica*<sup>18</sup>. Una materia en la que confluyen un interés social y de orden público dominante<sup>19</sup> además de un derecho fundamental del hijo, cuyo ejercicio, no obstante, está sujeto a las restricciones previstas por ley; en particular, a las contempladas por el art. 767.2 LEC (antes arts. 127-128 CC). Como en toda norma de conflicto materialmente orientada su aplicación presupone que el intérprete explore la solución material a que conducen las conexiones al igual que si se tratara de una norma con conexiones alternativas<sup>20</sup>. Significa que sólo se aplicará la ley que permita el establecimiento de la filiación y, de lo contrario se ha de pasar a la designada por la siguiente conexión<sup>21</sup>

## 1. Argumentación

11. Debe destacarse que la Ley 26/2015, de 28 de julio, de *modificación del sistema de protección de la infancia y de la adolescencia*, por la que se modifica el art. 9.4 CC, carece de disposiciones transitorias. Es un aspecto en el que coincide con la Ley de reforma del Título preliminar del Código civil de 1974 –donde se alojan algunas de las normas de conflicto– en la que también faltó una disposición que ordenara la cuestión de los efectos de las nuevas normas a las situaciones creadas con anterioridad<sup>22</sup>. En una lógica formal el régimen transitorio vendría determinado por la regla subsidiaria general del sistema, el principio de irretroactividad de las leyes (*ex art. 2 CC*)<sup>23</sup>, de tal modo que la nueva norma

<sup>13</sup> Así lo entendí en *El derecho a la investigación de la paternidad en el proceso con elemento extranjero*, Cuadernos Civitas, Madrid, 1996, pp. 22-23.

<sup>14</sup> Sobre la nueva regulación conflictual *vid.* M.D. ADAM MUÑOZ, “La nueva regulación de la filiación natural en el Derecho internacional privado español”, *CDT*, (octubre 2016), vol. 8, nº2, pp. 34-54; A.L.CALVO CARAVACA/J.CARRASCOSA GONZÁLEZ, “Artículo 9.4”, *Las modificaciones del Código Civil del año 2015*, (dir. R.BERCOVITZ RODRÍGUEZ CANO), Tirant lo Blanch, Valencia, 2016, pp.23-64; J.CARRASCOSA GONZÁLEZ, “La ley aplicable a la filiación por naturaleza: de la ley nacional a la ley de la residencia habitual del hijo”, *REDI*, 2016, 2, pp. 157-182; I. LORENTE MARTÍNEZ, “Filiación natural. El artículo 9.4 del Código civil y el triunfo de la residencia habitual del hijo”, *CDT*, (2018), vol. 9, nº 1, pp. 592-600.

<sup>15</sup> Art. 9.4 CC vigente: “La determinación y el carácter de la filiación por naturaleza se regirán por la ley de la residencia habitual del hijo en el momento del establecimiento de la filiación. 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. 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.”

<sup>16</sup> *Cf.* J.D. GONZÁLEZ CAMPOS *ibid.*

<sup>17</sup> *Cf.* E. ROCA I TRIAS, “Contestación al Discurso de ingreso en la Academia de Jurisprudencia y Legislación de Cataluña”, de la Dra. BORRÁS RODRÍGUEZ, 23 de noviembre 1993, p. 69.

<sup>18</sup> *Cf.* GUZMÁN ZAPATER, *El derecho a la investigación de la paternidad ...cit.* pp. 30-31 y referencias.

<sup>19</sup> *Cf.* J.CARRASCOSA GONZÁLEZ, “La ley aplicable a la filiación...” *cit.* p. 158.

<sup>20</sup> *Cf.* A. VON OVERBECK, “L’interet de l’enfant et l’évolution du droit international de la filiation”, *Liber amicorum A.F. Schnitzer*, Ginebra, 1979, pp. 361-380.

<sup>21</sup> *Cf.* A.L.CALVO CARAVACA/J.CARRASCOSA GONZÁLEZ “Artículo 9.4”, *cit.* p. 38.

<sup>22</sup> *Vid.* J.C.FERNÁNDEZ ROZAS, “Sucesión de normas y Derecho internacional privado: consideraciones en torno a la crisis de las soluciones unitarias en el derecho intertemporal”, *Hacia un nuevo orden internacional. Homenaje al profesor Díez de Velasco*, Tecnos, Madrid, 1993, pp. 1349-1373, espec. pp. 1364-1365.

<sup>23</sup> *Cf.* A.L.CALVO CARAVACA/J.CARRASCOSA GONZÁLEZ, *Derecho internacional privado*, vol. I, 18 ed. 2018, p. 254, citando doctrina a favor; J.C. FERNÁNDEZ ROZAS, “Sucesión de normas y Derecho internacional privado...” *cit.* espec. p. 1357 citando doctrina a favor.

de conflicto no podría aplicarse retroactivamente a una situación que se ha generado y sustanciado procesalmente (año 2013) con arreglo a la norma de conflicto anterior (1996). No opina así la Magistrada TS. Partiendo de la relación de filiación como una situación duradera o “que no ha agotado sus efectos en el hecho del nacimiento”, se sigue que “la aplicación de la nueva ley a los casos todavía no resueltos en el momento de su entrada en vigor no le atribuye efecto retroactivo” *per se* sino que al no agotar sus efectos “resulta razonable que la ley nueva se aplique *de manera inmediata* no solo al contenido de la filiación sino a su propia existencia”... Y añade “parece razonable que la nueva ley sería aplicable desde su entrada en vigor a todas las acciones judiciales que estuvieran pendientes en primera instancia”<sup>24</sup>. En el *caso suizo* como justificación adicional se añade “por razones de seguridad jurídica y en aras de evitar una aplicación sorpresiva de un derecho que pudiera resultar imprevisible para alguna de las partes, siendo evidente que la conexión con la ley suiza guarda un estrecho vínculo con el caso litigioso y no podría resultar imprevisible para el demandante”<sup>25</sup>.

## 2. Valoración

**12.** Habida cuenta de las analogías que presentan y que ambas sentencias se dictan el mismo día y coincidiendo el ponente, posee interés indagar un poco más para aislar cual haya podido ser el elemento determinante de una diferencia tan relevante en cuanto al resultado final.

**13. 1º)** Sorprende, en primer término, la ausencia de una disposición transitoria en el marco de la Ley 26/2015. Su ausencia se hace más llamativa en una materia tan relevante para el estado civil; únicamente se prevé la continuación de la tramitación de los expedientes de adopción internacional ya iniciados conforme a la legislación vigente en el momento del inicio del expediente<sup>26</sup>.

En los dos casos el TS se decanta abiertamente por una aplicación de la nueva norma de conflicto para acciones que ya estaban judicializadas. Cabe preguntarse si no es una interpretación *contra legem*, faltando además cualquier alusión a la regla general subsidiaria en la materia, cual es, el principio de la irretroactividad de las leyes (art. 2.3 CC<sup>27</sup>, cuerpo legal en el que precisamente se inserta la norma afectada por la inconcreción del criterio temporal. El principio de irretroactividad ha presidido además algunos de los antecedentes legislativos en esta materia, hoy derogados. Me refiero 1º) a la Disposición transitoria primera de la Ley 21/1987, en relación con los expedientes de adopción pendientes ante los tribunales<sup>28</sup>, que presenta analogías con las acciones de filiación aunque solo sea porque son acciones de estado orientadas al establecimiento de una relación de filiación. 2º) En el mismo sentido la Disposición transitoria única de la Ley 1/1996 optaba por la irretroactividad<sup>29</sup>. Es más, en cuanto a la determinación de la competencia judicial internacional de nuestros tribunales además de una regla transitoria que impide la aplicación retroactiva a los procesos ya iniciados, la propia regla de atribución de la competencia judicial internacional cifra en el momento de la interposición de la demanda el momento a retener para dar por cristalizado el primer criterio de atribución de la competencia (art. 22. *quitar d*) LOPJ<sup>30</sup>.

<sup>24</sup> STS 223/2018 FJ 5; STS 224/2018 FJ 6.

<sup>25</sup> STS 223/2018 FJ 5

<sup>26</sup> Disposición Transitoria tercera, Ley 26/2015

<sup>27</sup> Regla que se introduce precisamente para contrarrestar las injusticias derivadas de la aplicación retroactiva por leyes y por decisiones judiciales, y por tanto, corolario de la seguridad jurídica (*cf.* CASTRO y BRAVO, F. *Derecho civil de España*, Madrid, 1984 (reimp), pp. 635-636). Solución que parece ligada al fenómeno *codificador* hoy superado y responde a sus objetivos de base: estabilidad y seguridad jurídica (*cf.* .C. FERNÁNDEZ ROZAS, “Sucesión de normas y Derecho internacional privado...”, *cit.* p. 1356) Para los supuestos de sucesión de normas de conflicto es la solución propugnada con carácter subsidiario por A.L.CALVO CARAVACA/J.CARRASCOSA GONZÁLEZ *Derecho internacional privado*, vol. I. 18 ed. Comares, Granada, 2018, p. 254, citando numerosa jurisprudencia a favor; en el mismo sentido *Cf.* J.C. FERNÁNDEZ ROZAS “Sucesión de normas...”, *cit.* p. 1357.

<sup>28</sup> Disposición Transitoria primera Ley 21/1987: “*En los expedientes de adopción plena pendientes ante los Tribunales a la entrada en vigor de esta Ley regirá en todo, la legislación anterior, a menos que los solicitantes interesen la aplicación de La nueva Ley*”.

<sup>29</sup> Disposición Transitoria única, Ley 1/1996: “*Los procedimientos iniciados con anterioridad a la entrada en vigor de esta Ley se regirán por la normativa anterior*”.

<sup>30</sup> En la nueva norma de conflicto para evitar el conflicto móvil se aísla el momento a retener la nacionalidad y la residencia

14. De donde cabría inferir que la solución legal era la irretroactividad y visto así no se comprende bien la razón por la que una nueva norma de conflicto se aplica a una situación creada con anterioridad y *sub iudice*. Todo apunta a que era ésta la solución previsible y por tanto la más acorde con las expectativas de las partes. En cambio, en las sentencias objeto de este análisis no se vio así, como se pone de manifiesto en el *caso francés*, en la que se apunta otro argumento curioso para sostener la aplicabilidad del nuevo art. 9.4 CC: al suponer que el demandante, de haber ignorado el carácter transitorio de la ley, habría tenido la posibilidad de desistir en instancia para promover un nuevo juicio y que el asunto se resolviera con arreglo a la nueva ley<sup>31</sup>.

15. 2º) Más sorprendente resulta que el TS no manifieste estar procediendo a una aplicación retroactiva del art. 9.4 CC, es más, lo rechaza. Entiende que “la aplicación de la nueva ley a los casos todavía no resueltos en el momento de su entrada en vigor *no le atribuye un efecto retroactivo*, dado que el hecho del nacimiento, que es el que determina la filiación, no ha agotado sus efectos...”<sup>32</sup>.

Esta conclusión parece construida sobre un argumento artificioso. Que la filiación *no ha agotado sus efectos* es al menos cuestionable cuando precisamente la acción va dirigida a impugnar una filiación ya establecida; o lo que es igual, lo que está en tela de juicio es una determinada filiación biológica que se pretende “poner en cuestión” a través de la acción procesal<sup>33</sup>. Este argumento permite conectar el establecimiento de la filiación con la posibilidad de una aplicación retroactiva de la nueva norma, con el límite de los derechos eventualmente adquiridos conforme a la norma de conflicto anterior. Y añade que “resulta razonable que la nueva ley se aplique *de manera inmediata* no solo al contenido de la filiación sino a su propia *existencia*... desde su entrada en vigor a todas las acciones judiciales que estuvieran pendientes en primera instancia”<sup>34</sup>. A mi entender, bien se inspira en la Ley 11/1981 de 13 de mayo, cuya Disposición transitoria poseía una retroactividad plena para hacer efectivo el principio de igualdad de los hijos ante la ley<sup>35</sup>; bien se inspira en las reglas generales transitorias previstas en la Ley Federal suiza de 18 de diciembre de 1987, sobre el Derecho internacional privado<sup>36</sup>, siendo en ésta la irretroactividad la regla general (art. 183.1), en tanto que para los hechos y actos duraderos en el tiempo se permite una aplicación segmentada<sup>37</sup>. En conjunto, una solución técnica impecable, tal vez excesivamente general, aunque proyectada sobre los presentes casos tiene el inconveniente de su falta de correspondencia con las soluciones legalmente vigentes en nuestro sistema, como se ha indicado.

16. 3º) Por eso creo que la razón del juzgador hay que buscarla en el peso de los valores que gravitan en esta materia de la determinación de la filiación. Se opta por introducir una solución basada en la retroactividad en orden a la aplicación de las disposiciones más favorables al hijo (*caso suizo*) y a asegurar la aplicación de la ley española (*caso francés*). Así se deduce al afirmar que “...Resulta razonable que la ley nueva *se aplique de manera inmediata* no solo al contenido de la filiación sino a su

---

habitual: “en el momento de establecer la filiación”, que tratándose de acciones encaminadas a establecer una nueva filiación debiera coincidir con el momento de la interposición de la demanda (cf. I. LORENTE MARTÍNEZ, “Filiación natural. El artículo 9.4 del Código civil ...”, *cit.* p. 596).

<sup>31</sup> STS 224/2018, F 6º

<sup>32</sup> STS 223/2018, FJ 5 3º; y STS 224/2018 FJ 6

<sup>33</sup> Si la demanda hubiera tenido por objeto una cuestión relativa al contenido de la filiación (derechos de guarda, visita, nombre o sucesiones) propugnar una aplicación retroactiva sobre la premisa de que la filiación “no agota sus efectos” se entendería mejor: una relación establecida y duradera en el tiempo se somete al cambio normativo y a la nueva ley. Pero en este supuesto de impugnación no parece posible lo que se ha dado en llamar una “segmentación” de los efectos producidos por una misma situación jurídica (cf. A.L.CALVO CARAVACA/J.CARRASCOSA GONZÁLEZ, *Derecho internacional privado*, vol I. 18 ed., Comares, Granada, 2018, p. 254).

<sup>34</sup> SSTS 223/FJ 5 y 224/2018 FJ 6

<sup>35</sup> Disposición transitoria primera: “*la filiación de las personas, así como los efectos que haya de producir a partir de la entrada en vigor de la presente Ley, se regirán por ella con independencia de la fecha del nacimiento y del momento en que la filiación haya quedado legalmente determinada*”

<sup>36</sup> Cf. en REDI, 1988 (2)

<sup>37</sup> Así, conforme al art. 183.2 de la Ley suiza DIPr “*los hechos y actos que nacieron en el pasado pero continúan desplegando efectos jurídicos, son regulados por el antiguo derecho para el periodo anterior a la entrada en vigor de la nueva ley. A partir de la entrada en vigor de la presente ley, estos efectos se regulan por las nuevas disposiciones*”.

propia existencia, de modo que el hecho de que la demanda se interpusiera con anterioridad, no impide al juez aplicar la ley nueva, salvo que ello comportara la pérdida de algún derecho adquirido conforme a la norma de conflicto anterior<sup>38</sup>. Ese *mandato de aplicación inmediata* tiene resonancias o evoca el periodo en que recién promulgada la CE de 1978 se propugnó la interpretación y aplicación inmediata de la Constitución española por las más altas instancias cuando aún no había tenido lugar la adecuación de la normativa en vigor a los nuevos presupuestos constitucionales<sup>39</sup>.

17. La explicación hay que buscarla en las consideraciones de orden material subyacentes en cada caso concreto. En realidad lo que se suscitaba ante el Tribunal Supremo era una cuestión de interpretación con amplio margen para la intervención judicial ante la ausencia de una disposición transitoria, insisto<sup>40</sup>. Es muy probable o cabe deducir que cuando el juzgador vio en el nuevo art. 9.4 “...una norma materialmente orientada...que contiene una carga valorativa material que justifica su aplicación inmediata...”<sup>41</sup>, implícitamente rechazaba que el antiguo art. 9.4 CC respondiera igualmente a la estructura y finalidad de una norma de conflicto materialmente orientada. Esto es, resuelve presuponiendo la *inadecuación* del antiguo art. 9.4 CC normalmente aplicable a los procesos iniciados con anterioridad a la entrada en vigor del nuevo art. 9.4 CC. Y es en ese punto donde se halla la debilidad de estas dos sentencias: el valor informador –ie establecimiento de la verdad biológica en interés del hijo– no es nuevo. Sin duda la estructura de la norma de conflicto vigente desde 1996, con dos conexiones subsidiarias permitía caracterizarla como norma de conflicto materialmente orientada<sup>42</sup> –cuando a la conexión “ley personal del hijo” se agregó “...y si no pudiera determinarse ésta... la ley de la residencia habitual”<sup>43</sup>–. Una interpretación gramatical llevaba a sostener que sólo si no podía concretarse la nacionalidad se acudiría a la ley de la residencia habitual. Pero el recurso a la ley de la residencia habitual también estaba justificado si la ley personal del hijo no permitía por su contenido la realización del valor “establecimiento de la verdad biológica”. Esa era la función de aquella norma de conflicto asimismo materialmente orientada<sup>44</sup>. Si bien la alteración del orden de las conexiones –primero la ley de la residencia habitual y subsidiariamente la ley nacional<sup>45</sup> y la introducción de un criterio de cierre en favor de la ley española –particularmente generosa en lo relativo a la investigación de la filiación– mejoran la técnica de reglamentación y se facilita la realización de los valores en presencia. Por eso casi resulta inevitable cuestionar si realmente, en particular en el caso francés, era necesaria la aplicación retroactiva de la nueva norma de conflicto, o si habría bastado la aplicación del art. 9.4 CC (1996) descartando la ley personal del hijo que conducía a ley extranjera restrictiva (*caso francés*) y subsidiariamente la ley de la

<sup>38</sup> STS 223/2018, FJ 5º 3; y STS 224/2018 FJ 6

<sup>39</sup> Así por ejemplo, en la importante STC de 20 diciembre de 1982, Ponente: Tomás y Valiente, (*BJC*, num. 2, pp. 62 y ss), en uno de los primeros pronunciamientos relativos a la aplicación inmediata de la Constitución, precisamente en un asunto de filiación: “Lo dicho hasta aquí *no implica la aplicación retroactiva de la Constitución, sino el reconocimiento de su carácter normativo...* porque la inconstitucionalidad sobrevenida del art. 137 CC genera su nulidad y produce necesariamente efectos incluso sobre los procesos pendientes...”.

<sup>40</sup> Alineándose así con la doctrina que para los supuestos de sucesión de normas de conflicto propugna prescindir de criterios axiomáticos para retener los valores introducidos en cada norma de conflicto (cf. J.C. FERNÁNDEZ ROZAS “El Capítulo IV del Título preliminar del Código civil (“Normas de Derecho internacional privado”): Veinticinco años después”, *Homenaje a Antonio Hernández Gil*, Madrid, Colegio de Abogados, 2001, pp. 2411-2447, espec. pp. 2425-2426.

<sup>41</sup> STS 223/2018, F 5, apart. 3; STS 224/2018, F 6, apart. 1

<sup>42</sup> Así lo entendí en *El derecho a la investigación de la paternidad...*, cit. pp. 21-23, que encerraba no pocas carencias (cf. *ibid.* pp. 33-37), J. CARRASCOSA GONZÁLEZ “La ley aplicable a la filiación...” cit. p. 159. Con anterioridad, en la doctrina civilista, SERRANO GARCIA, J.A. “El derecho transitorio de la filiación en la jurisprudencia”, *ADC*, XXXIX, 1986, pp. 1281 y ss. espec. 1264.

<sup>43</sup> En el sistema anterior la indeterminación de la nacionalidad ha conducido en otros tantos casos a la aplicación subsidiaria de la ley de la residencia habitual (española) (*vid.* SAP Baleares nº 436/2009, de 18 diciembre 2009).

<sup>44</sup> Ese y no otro fue el sentido de aquella reforma de 1996 en la que por primera vez ampliaba a dos el número de conexiones (cf. *El derecho a la investigación de la paternidad*, cit. p. 22); como norma materialmente orientada se interpretó incluso con anterioridad a la reforma de 1996, descartándose la ley extranjera restrictiva del establecimiento de la verdad biológica (*vid.* mi “Nota” a la *SAP Avila de 4 de mayo de 1995*, sobre acción de reclamación de filiación extramatrimonial, siendo la ley competente la francesa y resolviendo el juez por aplicación derecho español, *REDI*, 1996, nº 1, pp. 359-362).

<sup>45</sup> Con la ventaja de que la conexión se concreta en la “ley nacional del hijo” y no en la “ley personal”, adecuando el criterio y evitando dificultades de interpretación habida cuenta que no es clara la equivalencia entre ley personal y ley nacional (cf. A.L.CALVO CARAVACA/J.CARRASCOSA GONZÁLEZ “Artículo 9.4”, cit. p. 32).

residencia habitual (española) facilitando el establecimiento de la filiación; pero juzgadas conjuntamente, esta interpretación no era la más adecuada para resolver el *caso suizo*, como vemos a continuación.

18. Lo cierto es que la realización del valor se proyecta con rigor en el *caso francés*<sup>46</sup>, en el que el demandante que reclama el establecimiento de la filiación no es un menor<sup>47</sup>. Es más, habían transcurrido 45 años desde el nacimiento, habiendo fallecido el presunto padre así como la madre. Toda la situación estaba vinculada con el anterior art. 9.4 CC –y casi con el régimen pre constitucional–. No se daba contacto alguno con la nueva norma de conflicto. La aplicación de la ley de la residencia habitual (española) permitía el establecimiento de la filiación y no así la aplicación de su ley nacional. Presupone el juzgador que de haber conocido el demandante la no retroactividad del nuevo art. 9.4 CC habría desistido de la primera demanda para plantear de nuevo la acción al amparo de la nueva regulación, aseveración que no se sostiene sobre evidencia alguna. Los datos que arroja el caso suscitan sin embargo otras dudas: ¿Qué movió al demandante a tan larga espera? ¿Tal vez el derecho a la sucesión del causante como efecto inmediato del establecimiento de la filiación?

19. Las circunstancias son distintas en el *caso suizo*. Concluye el TS en la aplicación del nuevo art. 9.4 CC, concretándose la ley aplicable en la ley suiza correspondiente a la residencia habitual del hijo que impedía el ejercicio de la acción. El carácter materialmente orientado del art. 9.4 CC significa que la ley designada por el precepto solo puede aplicarse si permite el establecimiento de la filiación del hijo<sup>48</sup>. Sin embargo se cierra el paso a la pretensión del presunto padre-actor para impugnar la filiación matrimonial paterna –establecida respecto al marido de la madre al tiempo del nacimiento por reconocimiento voluntario– y reclamar la filiación extramatrimonial<sup>49</sup>. Decae el valor establecimiento de la verdad biológica y el carácter materialmente orientado del art. 9.4 CC.

Pero es que son otras las circunstancias concurrentes en este caso. De entrada el demandante no es el hijo sino el presunto padre. Para el TS el valor aparece condicionado por la ausencia de un interés legítimo del actor –quien habría consentido el establecimiento de la filiación matrimonial y la inscripción registral respecto del padre actual y habría instado la acción de reclamación de filiación transcurridos 5 años desde el nacimiento del niño–, así como por la apreciación de una mayor vinculación con Suiza dado que el menor cuya filiación se cuestiona poseía la residencia habitual en dicho país<sup>50</sup>. Hay, por último, un dato que pudo pesar en la decisión final y es que en la ley suiza designada por la conexión residencia habitual “*en todos los casos, la acción del niño todavía puede ser ejercitada en el año siguiente a haber alcanzado la mayoría de edad*” (art.260 CC suizo). De modo que si bien hay una restricción al establecimiento de la verdad biológica en la ley extranjera designada, *no es una restricción absoluta* pues la verdad biológica todavía podrá establecerse cuando el menor afectado alcance la mayoría de edad –dentro del año siguiente–. Dice así el TS: “únicamente cuando la ley aplicable excluya

<sup>46</sup> En este *caso francés*, la STS afirma que “...la determinación de la filiación por la residencia habitual es la conexión neutral (con respecto a los progenitores) y realista porque la residencia habitual del hijo es una conexión social. Además se potencia el *favor filii* y de ahí que la norma introduzca tres puntos de conexión ordenados en cascada.”(STS 224/2018, FJ 5).

<sup>47</sup> A destacar que la AP de Tarragona había alcanzado el mismo resultado material mediante la aplicación *anticipada* de la ley española sobre la base de la nacionalidad –española– que iba a adquirir por el *ius sanguini* de triunfar la acción, criterio rechazado por la doctrina al responder a razones de comodidad procesal (cf. A.L.CALVO CARAVACA/J.CARRASCOSA GONZÁLEZ “Artículo 9.4”, *cit.* p. 32). El nuevo art. 9.4 CC y la doctrina que lo interpreta permiten evitar este tipo de soluciones que han sido frecuentes en la práctica: si la nacionalidad no está *acreditada* subsidiariamente habrá que aplicar el derecho sustantivo español (cf. A.L.CALVO CARAVACA/J.CARRASCOSA GONZÁLEZ “Artículo 9.4”, *cit.* p. 33).

<sup>48</sup> Cf. A.L.CALVO CARAVACA/J.CARRASCOSA GONZÁLEZ, “Artículo 9.4”, *cit.* p. 38.

<sup>49</sup> Es dudosa la legitimación del demandante habida cuenta de que *faltando la posesión de estado* la legitimación para el ejercicio de la acción de reclamación de filiación no matrimonial vendría determinada por el art. 133 CC que atribuye la acción al hijo durante toda la vida y a sus herederos, pero nada dice de los padres (cf. STS de 9 de mayo de 2018, Ponente: M.A PARRA LUCAN). A la vista de los datos de que disponemos, hubo algún contacto entre el menor y el demandante en los 7 u 8 años transcurridos desde el nacimiento hasta la iniciación del proceso, que en modo alguno podrían haber sido calificados como posesión de estado.

<sup>50</sup> Por este criterio se logrará una mejor localización en términos de proximidad, distinto de la realización del objetivo material. Aunque ciertamente el criterio encaja con dos funciones en este sector de problemas: la idea de que refuerza la previsibilidad en cuanto a la ley aplicable para los particulares y de garantizar la efectividad del régimen jurídico de la filiación en la sociedad donde el hijo reside (cf. J. CARRASCOSA GONZÁLEZ, “La ley aplicable a la filiación...”*cit.* p. 166).



radicalmente la determinación de la filiación por razones incompatibles con los principios básicos de nuestro ordenamiento procederá la llamada a la ley sustantiva española (por ejemplo, por impedir el ejercicio judicial de las acciones de filiación o por prohibir la investigación de la paternidad o desconocer la filiación fuera del matrimonio)<sup>51</sup>.

**20.** En suma, la decisión en análisis concede desiguales derechos prevaleciendo el interés del hijo menor. Permite al menor permanecer integrado en su entorno social sin alteraciones (=la paz familiar) hasta su mayoría de edad. A cambio, priva al presunto padre, eso sí, de impugnar y establecer su paternidad además del ejercicio de los derechos de guarda y visita que eventualmente hubieran podido corresponderle. A futuro el establecimiento de la verdad biológica depende del presunto hijo. Hay pues una prevalencia del *interés superior del menor* que conduce al TS a diferir la determinación de la verdad biológica.

**21.** La aplicación retroactiva del art. 9.4 CC emerge pues entreverada con un examen atento a la naturaleza y fin de esta norma de conflicto y en este sentido destaca el loable esfuerzo del TS por tomar en consideración el valor que gravita en estas acciones y su proyección en las circunstancias concurrentes en cada caso concreto. Complementariamente desarrolla una tarea de interpretación que corresponde a los órganos judiciales ante la falta la certeza que suministran las disposiciones transitorias. El resultado es que se ha generado una *norma ad hoc*<sup>52</sup> pues al no afirmar el carácter retroactivo del nuevo art. 9.4 CC no se está dando una solución general y válida para supuestos venideros –¿quedan tantos pendientes?–. Tampoco se cubre la laguna legal provocada por la ausencia de una disposición transitoria en la Ley 26/2015, y en este sentido no facilita la previsibilidad.

## V. Sobre la admisión del recurso de casación por infracción de ley extranjera

**22.** En la STS 223/2018 (*caso suizo*) el motivo 3º del recurso de casación es la infracción por inaplicación del art. 260 del Código civil suizo y “la oposición a la doctrina del Tribunal Supremo que establece que debe aplicarse la ley material extranjera que correspondiere siempre que se pruebe por las partes su existencia, contenido y vigencia”<sup>53</sup>.

**23.** La viabilidad del recurso de casación ante el Tribunal Supremo por aplicación incorrecta del derecho extranjero es una cuestión no tratada en las sucesivas reformas experimentadas por el recurso de casación en nuestro ordenamiento. En un pasado no muy lejano la cuestión se centraba en decidir si el Tribunal Supremo tendría entre sus funciones la de interpretar leyes o preceptos extranjeros. La doctrina entiende que en su favor militaría<sup>54</sup>: 1º) un argumento *funcional*: cuando el derecho extranjero resuelve el fondo de un asunto, desarrolla la misma función que el derecho español; 2º) un argumento *conflictual*: la incorrecta aplicación del derecho extranjero puede justificar un recurso de casación por infracción de la norma de conflicto. Así lo afirmaba rotundamente el Tribunal Supremo, entre otras, en STS Sala de lo Civil, de 17 de abril 2015, y así viene a corroborarlo ésta. Ambos argumentos podrían proyectarse para explicar el presente caso. El TS al declarar aplicable la ley suiza designada por la “nueva” norma de conflicto, admite como motivo de infracción la inaplicación del derecho suizo y procede al análisis del derecho suizo en cuanto a los plazos y condiciones de ejercicio de la acción de filiación.

<sup>51</sup> Cf. STS 223/2018, FJ 6.3.

<sup>52</sup> Cf. A.DURÁN AYAGO, “Sucesión temporal de normas de conflicto, art. 9.4 Cc y regla *ad hoc* para resolver dos casos de filiación. A propósito de las Sentencias del Tribunal Supremo, Sala de lo Civil, de 17 de abril 2010”, *REEI*, ([www.reei.org](http://www.reei.org)), 36, 2018, pp. 2-8, espec. p. 8.

<sup>53</sup> Citando las SSTs de 2 de julio de 20004 y 5 de marzo de 2002.

<sup>54</sup> Cf. A.L.CALVO CARAVACA/J.CARRASCOSA GONZÁLEZ *Derecho internacional privado*, vol I. 18 ed. , Comares, Granada, 2018, pp. 321-322.

## VI. Otros elementos para la comprensión del sistema de Derecho internacional privado en materia de filiación

24. Las Sentencias objeto de esta nota arrojan otros elementos de interés para futuros casos.

25. No menos importante resulta que, *en passant*, en ambas Sentencias se ponga de relieve que las acciones de filiación siendo uno de los vehículos de establecimiento de la filiación, están contempladas en el supuesto del art. 9.4 CC y por tanto sujetas al ámbito de la ley designada<sup>55</sup>. Aunque el supuesto de la norma se refiere a la “filiación”, la expresión es inadecuada porque parece designar únicamente una situación ya establecida. Debe comprender, como es obvio, la “atribución” o la “determinación” de la filiación por cualquier medio (p.ej. reconocimiento voluntario) y también las acciones de filiación ante los órganos judiciales; otra cosa no tendría mucho sentido. Tal vez la redacción habría sido más adecuada de haber calificado el supuesto con mayor precisión, por ejemplo, la “determinación de la filiación”.

26. En segundo lugar, destaca otro elemento clave para la interpretación del nuevo sistema de competencia judicial internacional en este ámbito y es la drástica reducción que experimenta este foro de competencia en sede del art. 22. *quater* d) LOPJ. En el sistema de competencia judicial internacional establecido por la LOPJ 6/1985, la competencia de los tribunales españoles en esta materia se abría a distintos supuestos más o menos vinculados con nuestro país; una atribución de competencia incluso excesiva en la medida en que permitía al demandante de nacionalidad española activar el sistema sin ninguna otra vinculación. Modificada por la Ley 7/2015, se establece que en materia de filiación los órganos judiciales españoles serán competentes 1) cuando el hijo o menor tenga su residencia en España al tiempo de la interposición de la demanda, o 2) el demandante sea español o resida habitualmente en España, o 3) en todo caso al menos seis meses antes de la presentación de la demanda. Se mantiene así el grado de vinculación exigido en el supuesto en que sea el hijo la parte demandante, pues se permite activar la competencia de los órganos judiciales por la *residencia habitual del hijo en el momento de la interposición de la demanda* de modo que no sirva la residencia habitual de un tiempo pasado. En el segundo supuesto la regla de competencia retiene la hipótesis de que sean los supuestos progenitores –o cualquier persona con interés legítimo– quienes ejerciten la acción de filiación. Aquí el criterio de atribución de la competencia se amplía al demandante español o con residencia habitual en España, o en todo caso al menos los seis meses anteriores al momento de la interposición de la demanda. Creo que pese a la formulación en términos alternativos –por el empleo de la conjunción “o”– debe entenderse que en la reforma de 2015 al exigir una presencia anterior mínima de seis meses, se ha corregido el *forum actoris* contemplado en la redacción anterior<sup>56</sup> y así se confirma con buen criterio en la STS 223/2018<sup>57</sup>. Se excluyen pues los supuestos en que el demandante sea español pero resida en el extranjero por su escasa vinculación con España.

27. En tercer lugar, invocados erróneamente el Reglamento UE 2201/2003 y el Convenio de La Haya de 1996 relativos a la protección de menores, –dado que en el *caso suizo* el éxito o fracaso de la acción llevaba anudados los efectos propios de la filiación en cuanto a la patria potestad y su ejercicio– como fundamento para forzar la competencia judicial en favor de los tribunales correspondientes a la residencia habitual del menor, ambos instrumentos internacionales son rechazados por el TS en el

<sup>55</sup> Cuestión que se puso de manifiesto a la vista de la reforma del 9.4 en 1996 (cf. L. CARRILLO POZO, “La filiation dans le droit international privé espagnol: quelques profils critiques”, *Rev. Cr.dr. dr.int.pr.* 1995, 3, pp. 585-606, p. 592) pero que no ha sido corregida.

<sup>56</sup> Al permitir que la sola nacionalidad española del demandante determinara el derecho de acceso a los tribunales, consagraba el único foro exorbitante dentro de todo el sistema de competencia judicial internacional: los tribunales españoles debían admitir las acciones planteadas por nacionales españoles aunque residentes en el extranjero; esto es, se abrían a situaciones con escasa vinculación con España o irrelevantes dado que en buen número de supuestos el hijo tendría la residencia habitual en España. Y de ahí que criticado por la doctrina (cf. M. AMORES CONRADI, “La nueva estructura del sistema español de competencia judicial internacional en el orden civil: art. 22 LOPJ”, *REDI*, 1989, 1, pp. 113 ss.; S. ALVÁREZ GONZÁLEZ, *Filiación hispano-suiza (Sistemas de DIPr y relaciones concernientes a la emigración española)*, Univ. de León, 1989, p. 124).

<sup>57</sup> FJ 3º para inadmitir el recurso por infracción procesal.

asunto que se juzgaba, con buen criterio dado que uno y otro excluyen expresamente de su ámbito la determinación de la filiación<sup>58</sup>.

**28.** Por último, creo que también se despeja definitivamente otra duda que se ha suscitado en la doctrina, y es que el TS entienda que el *plazo* para el ejercicio de las acciones, siendo una cuestión procesal, en materia de filiación está sujeta al ámbito de la ley designada aplicable o ley rectora del fondo<sup>59</sup>. Confirma la relación de vasos comunicantes entre la norma de conflicto materialmente orientada y ciertos aspectos procesales en aras a la realización del valor subyacente.

---

<sup>58</sup> Y es necesariamente así, dado que el estado civil en el ámbito de la UE de momento corresponde a cada Estado miembro definir quiénes son sus nacionales, una idea anclada en argumentos de soberanía nacional que explica la renuncia por parte de la UE al desarrollo de Reglamentos comunitarios en esta materia, como bien claro lo ha explicado J. CARRASCOSA GONZÁLEZ, “La ley aplicable a la filiación...” *cit.* p. 161.

<sup>59</sup> La idea de partida, como expresara J.D. GONZÁLEZ CAMPOS, sería la competencia de la ley del foro para todas las cuestiones relativas al derecho de acceso a los juzgados y tribunales y sobre la estructura del proceso y los principios que guían la actuación del juez y las partes; pero afirmaba la existencia de una zona gris, la relativa a la prueba por presunciones –tan importante en esta materia– y la prescripción y otras condiciones de ejercicio de las acciones, en las que existe disparidad en las soluciones del derecho comparado (*cf.* “Les liens entre la compétence judiciaire et la compétence législative en droit international privé”, *R. des C.*, 1977, vol 156, pp. 227-376, espec. pp. 291-299); en este caso, la sumisión a la *lex causae* sin género de duda despeja la cuestión

PROCEDENCIA DE EXEQUATUR DE SENTENCIA  
EXTRANJERA DE DIVORCIO DICTADA EN REBELDÍA  
DEL DEMANDADO: COMENTARIO AL AUTO DE LA  
AUDIENCIA PROVINCIAL DE TARRAGONA,  
DE 21 DE ENERO DE 2019

THE RECOGNITION AND ENFORCEMENT OF FOREIGN  
DIVORCE JUDGMENT RENDERED IN ABSENTIA  
OF THE DEFENDANT: NOTES TO THE JUDICIAL DECREE  
OF THE PROVINCIAL COURT OF TARRAGONA,  
OF JANUARY 21, 2019

LERDYS S. HEREDIA SÁNCHEZ  
*Profesora Ayudante de Derecho internacional privado*  
*Universidad Miguel Hernández de Elche*  
ORCID ID: 0000-0003-1092-8868

Recibido: 17.06.2019 / Aceptado: 05.07.2019  
DOI: <https://doi.org/10.20318/cdt.2019.4983>

**Resumen:** El presente comentario analiza el Auto dictado por la Audiencia Provincial de Tarragona en referencia a la obligación, impuesta por el Derecho internacional privado español, de aplicar los Tratados internacionales en los que España sea parte a fin de homologar las resoluciones judiciales extranjeras relativas a divorcio. En particular, si se trata de un divorcio en el que el demandado ha sido declarado en rebeldía.

**Palabras clave:** apelación, exequátur, sentencia extranjera, auto, rebeldía demandado.

**Abstract:** This paper analyzes the Act of the Spanish Court of Appel of Tarragona about the recognition and enforcement of the Judgment of Court of Morocco about a marriage dissolution. The comment refers to the obligation, imposed by the Spanish international private law, to apply the international treaties to which Spain is a party in order to enforcement foreign judicial decisions about divorce, specially, when de defendant is in absentia in the procedure.

**Keywords:** exequatur procedure, appeal, marriage dissolution, divorce, international treaties.

**Sumario:** I. Introducción. II. Los hechos que dan lugar al recurso ante la Audiencia Provincial de Tarragona. III. Fundamentos jurídicos apreciados por la Audiencia Provincial. IV. Valoración global del AAP de Tarragona: aspectos prácticos derivados del proceso de reconocimiento y ejecución de resoluciones extranjeras sobre divorcio, desde la perspectiva del Derecho internacional privado español.

## I. Introducción

1. El objeto del presente comentario es el Auto dictado por la Audiencia Provincia de Tarragona, Sección Primera, el 21 de enero de 2019 (en adelante, AP de Tarragona) por el cual se estima el recurso

de apelación interpuesto contra el Auto dictado por el Juzgado de Primera Instancia N° 5, de Tarragona (en adelante, AJPI de Tarragona), mediante el cual se denegó el exequátur de una sentencia marroquí, que tenía como finalidad hacer efectivas las cantidades debidas por impago de pensiones de alimentos por parte del padre a favor de los hijos menores nacidos del matrimonio. Se trata de un tema de especial relevancia cuando se pretende dotar de eficacia a las resoluciones extranjeras en España, sector clave del Derecho internacional privado español (en adelante, DIPr).

2. Las sentencias extranjeras de divorcio o separación judicial pueden obtener el reconocimiento y/o *exequatur* en España a través de diferentes cauces jurídicos. Una vez descartadas las normas institucionales para regir el procedimiento, como sucede en este caso, dado que la resolución ha sido emitida por las autoridades de un tercer Estado, debemos observar el panorama convencional al respecto.<sup>1</sup> Sólo si no fuera aplicable ningún Convenio internacional, acudiríamos a lo dispuesto por la normativa interna, artículos 41 a 46 de la Ley de Cooperación Jurídica Internacional (en adelante, Ley 29/2015)<sup>2</sup>; en relación con la Ley de Enjuiciamiento Civil (en adelante, la LEC)<sup>3</sup>.

3. En estas notas se analizarán en primer lugar, los elementos fácticos que dieron lugar a la petición de exequátur y al correspondiente recurso de apelación resuelto favorablemente por la Audiencia Provincial; en segundo lugar, analizan los elementos jurídicos apreciados por el órgano judicial en la respuesta al recurso y; en tercero y último, se ofrece una valoración global de los aspectos prácticos, derivados del proceso de reconocimiento y ejecución de resoluciones extranjeras en materia de divorcio, desde la perspectiva del DIPr español.

## II. Los hechos que dan lugar al recurso ante la Audiencia Provincial de Tarragona

4. Los hechos que motivan el pronunciamiento son muy concretos: este procedimiento se inició por la solicitud de reconocimiento y ejecución de sentencia extranjera de divorcio presentada por la madre de dos menores, en relación con las cantidades debidas, en concepto de pensiones alimenticias de los hijos, fijada mediante sentencia de divorcio de fecha 4 diciembre 2014, dictada en Marruecos. Dicha sentencia, entre otros aspectos, fija la cantidad debida por el padre en concepto de alimentos, además de disolver el vínculo matrimonial entre los cónyuges.

El Auto de instancia, objeto de apelación, deniega el exequátur a esta sentencia “*por no haberse acreditado que el demandado fue citado o declarado rebelde*”. Ante dicha denegación se interpone recurso de apelación, cuyas alegaciones se basan –fundamentalmente– en que el título extranjero presentado para homologación y ejecución (que es la sentencia de divorcio) contiene el pronunciamiento que se dice omitido, según resulta de la Certificación del Secretario del Tribunal, esto es, la Certificación que acredita que el demandado fue declarado en rebeldía procesal.

5. El documento presentado a consecuencia del requerimiento de primera instancia, que se denomina “*Certificado de firmeza de divorcio*” constata que el demandado fue “declarado en rebeldía en las audiencias de investigación y reconciliación”. Por tanto, en consideración de la parte recurrente, el mismo cumple así la exigencia del precepto, de acreditación de que la parte ha sido “declarada rebelde” al quedar certificada esta situación procesal de rebeldía, conforme establece el artículo 23 del Convenio de Cooperación judicial en materia civil, mercantil y administrativa, firmado entre el Reino de España y de Marruecos, el 30 mayo 1997(en adelante, Convenio España-Marruecos)<sup>4</sup>, aplicable en este caso.<sup>5</sup>

<sup>1</sup> Sobre el valor de las fuentes convencionales en DIPr español, *vid A. LÓPEZ-TARRUELLA MARTÍNEZ, Manual de Derecho internacional privado*, Editorial ECU, Alicante, 2018, pp. 40-43 y sobre la naturaleza subsidiaria de la Ley 29/2015, para comprender el “juego” entre ésta y los Convenios internacionales, *vid A. RODRÍGUEZ BENOT, “Ley de Cooperación jurídica internacional en materia civil”, Cuadernos de Derecho Transnacional*, (Marzo 2016), Vol. 8, N° 1, pp. 234-259

<sup>2</sup> *BOE*, núm. 182, de 31 de Julio de 2015.

<sup>3</sup> *BOE*, núm. 7, de 8 de Enero de 2000 (texto consolidado a 15/04/2019).

<sup>4</sup> *BOE*, núm. 151 de 25 de Junio de 1997.

<sup>5</sup> No siempre los Tribunales españoles aplican de forma correcta las fuentes del DIPr español, desconociendo el papel

### III. Fundamentos jurídicos aplicados por la Audiencia Provincial

6. Como nota previa conviene tener en cuenta que España es firmante de varios Convenios internacionales en esta materia con países del Magreb como Marruecos, Túnez, Mauritania y Argelia, de manera que cuando nos encontramos en el seno de un procedimiento por el que se pretende el exequátur de una resolución procedente de alguno de estos países, sus normas se aplican con preferencia al Derecho de producción interna.<sup>6</sup> Así pues, los trámites procesales para dar curso a una solicitud de exequátur de una sentencia de divorcio dictada en Marruecos, se ajustarán a lo establecido en el Convenio España-Marruecos, siguiendo las previsiones para el proceso de exequátur, conforme al principio *lex fori regit processum*, establecido en el artículo 3 de la LEC en relación con la Ley 29/2015, procedimiento especial cuyo objeto es declarar, a título principal, el reconocimiento de una resolución judicial extranjera y, en su caso, autorizar su ejecución.<sup>7</sup>

7. El Auto que se analiza, es breve –**quizás tan breve como contundente**– y en este sentido la AP basa su fallo en las siguientes normas jurídicas: 1) el artículo 523 de la Ley de Enjuiciamiento Civil; 2) artículos 52 y siguientes de la Ley 29/2005; 3) el Convenio de Cooperación judicial en materia civil, mercantil y administrativa entre el Reino de España y de Marruecos, firmado el 30 de Mayo de 1997; y 4) el artículo 24 de la Constitución Española (en adelante, CE).

8. Respecto a los títulos ejecutivos extranjeros, el artículo 523 de la LEC regula la fuerza ejecutiva en España de las sentencias firmes y demás títulos ejecutivos extranjeros, remitiendo su ejecución a lo dispuesto en los Tratados internacionales y a las disposiciones legales sobre cooperación jurídica internacional de los que el Estado español sea parte. De acuerdo con ello, la normativa básica aplicable es la Ley 29/2015, que en relación con el procedimiento judicial de exequátur establece –igualmente– que para homologar las resoluciones judiciales extranjeras, se aplicarán en primer lugar las disposiciones contenidas en los Tratados internacionales en los que España sea parte.

---

que juegan los Convenios internacionales de los que España es parte. Por todas, véase AAP de Toledo, de 7 de marzo de 2018 (ECLI:ES:APTO:2018:83) por el que para denegar el reconocimiento de una sentencia de divorcio, dictada en Marruecos, la sala se base en la falta de aportación del original de la sentencia; así como en la falta de copia autenticada o apostillada; en la falta de acreditación de la firmeza de la resolución extranjera; y también en la aportación de una traducción de la sentencia por intérprete de Tánger no oficial en España; sin embargo, para fundamentar su decisión, 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, omitiendo así el Convenio internacional antes comentado.  *Vid los comentarios a este auto realizados por ÁNGEL MARÍA, BALLESTEROS BARRO, "Res iudicata y divorcio internacional: nota la Auto de la Audiencia Provincial de Toledo, de 7 de marzo de 2018", Cuadernos de Derecho Transnacional (Marzo 2019), Vol. 11, Nº 1, pp. 678-684. En sentido contrario, aplicando correctamente lo dispuesto en el Convenio Hispano-Marroquí al efecto, vid las siguientes sentencias: SAP Barcelona 680/2018 (ECLI:ES:APB:2018:680); 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).*

<sup>6</sup> Sobre la génesis, contenido y aplicación de estos Convenios desde la perspectiva del Derecho internacional, *vid* el interesante análisis realizado por J. D. TORREJÓN RODRÍGUEZ, "Las relaciones entre España y Marruecos según sus tratados internacionales", *Revista Electrónica de Estudios Internacionales*, Num. 11, junio 2006, texto disponible en <http://www.reei.org/index.php/revista/num11>, consultado el 12/07/2019.

<sup>7</sup> Corresponde la competencia para conocer de este procedimiento, en el marco de sus respectivos ámbitos *ratione materiae*, a los Juzgados de Primera Instancia del domicilio de la parte frente a la que se solicita el reconocimiento o ejecución, o de la persona a quien se refieren los efectos de la resolución judicial extranjera. Subsidiariamente, la competencia territorial se determinará por el lugar de ejecución o por el lugar en el que la resolución deba producir sus efectos, siendo competente, en último caso, el Juzgado ante el cual se interponga la demanda de exequátur. En cualquiera de los supuestos el órgano jurisdiccional español controlará de oficio la competencia objetiva para conocer de estos procesos. Sobre la naturaleza y alcance del procedimiento de exequátur, la doctrina es abundante, por todos, A. CALVO CARAVACA/J. CARRASCOSA GONZÁLEZ, *Derecho internacional privado*, Comares, Granada, Vol II, 2018, pp. 296-314; 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; A. RODRÍGUEZ BENOT, "La Ley de Cooperación Jurídica internacional en materia civil", *Cuadernos de Derecho Transnacional* (Marzo 2016), Vol. 8, Nº 1, pp. 253-257; R. ARENAS GARCÍA, *Crisis matrimoniales internacionales, nulidad matrimonial, separación y divorcio en el nuevo Derecho internacional privado*, Universidad de Santiago de Compostela, Santiago de Compostela, 2004; M.A. AMORES CONRADÍ, "Reconocimiento y ejecución de decisiones judiciales extranjeras", *REDI*, 1986, Vol XXVIII, Núm 1, pp.234-256; L. BONILLO GARRIDO, "El reconocimiento y ejecución en España de sentencias extranjeras de divorcio, Diario La Ley, Núm. 7945, 2012.

En este caso, el Convenio España-Marruecos, en el artículo 23 exige que para que las *resoluciones judiciales* en materia civil, mercantil y administrativa tengan “autoridad de cosa juzgada”, que reúna, entre otras, las siguientes condiciones: “*que las partes han sido legalmente citadas, representadas o declaradas rebeldes.*”

9. La AP de Tarragona entiende que ello es manifestación del derecho a la tutela judicial efectiva, consagrado en el artículo 24 CE, el cual forma parte del orden público español. En tanto, tal y como se recoge en el Preámbulo de la Ley 29/2015, el exequátur debe cumplir una serie de formalidades para preservar el derecho fundamental a la defensa, lo que implica acreditar que la demanda interpuesta en el procedimiento de referencia, se notificó de forma regular al demandado.

10. 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 España-Marruecos 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.”

En consecuencia, el documento presentado en el procedimiento de instancia, emitido por las autoridades marroquíes, a consecuencia del requerimiento realizado a la recurrente, se denomina “*Certificado de firmeza de divorcio*” y el mismo constata que el demandado fue “declarado en rebeldía en las audiencias de investigación y reconciliación”. Por ello, la Audiencia entiende que se cumple así la exigencia del precepto convencional citado, en cuanto a que la contraparte ha sido “declarada rebelde” al quedar certificada la situación procesal de rebeldía y sobre esa base, asienta el fallo.<sup>8</sup>

#### **IV. Valoración del AAP: Aspectos prácticos derivados del proceso de reconocimiento y ejecución de resoluciones extranjeras desde la perspectiva del Derecho Internacional privado español**

11. El Auto de la AP de Tarragona se inserta en uno de los sectores clásicos del Derecho internacional privado: la eficacia extraterritorial de las decisiones en otro Estado distinto al de su emisión. Así pues, con el objeto de garantizar la eficacia extraterritorial de las resoluciones judiciales extranjeras encontramos en el procedimiento de exequátur la herramienta legal (y procesal) que permite desplegar los efectos jurídicos pretendidos por las partes. En este sentido, conviene tener presente que el exequátur, como mecanismo que convierte la decisión extranjera en un “título ejecutivo” en el Estado requerido, es en definitiva, un acto de soberanía estatal en cuya virtud se concede a una resolución judicial extranjera el “efecto ejecutivo”.<sup>9</sup>

12. Una vez obtenido el exequátur de la decisión extranjera en España, conforme al artículo 523.1 de la LEC, entonces podrá llevarse a cabo la ejecución material en España del fallo contenido en dicha decisión extranjera. En este marco, y salvo que un instrumento internacional así lo disponga, una decisión extranjera que no ha obtenido el exequátur en España no puede ser ejecutada en el territorio español.<sup>10</sup> Tal y como afirman CALVO CARAVACA y CARRASCOSA GONZÁLEZ, la sentencia extranjera sin

<sup>8</sup> Fundamento de Derecho Segundo del Auto objeto de comentario.

<sup>9</sup> Sobre esta cuestión, 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, N° 2, pp. 158-187.

<sup>10</sup> Por todas, AAP Tarragona 20 febrero 2009 (AAP T 546/2019 - ECLI: ES: APT: 2019:546A), relativo al reconocimiento y ejecución de sentencia extranjera de divorcio, dictado en Tánger, en la que el Tribunal de instancia infringe el artículo 24 CE, por falta de aportación de determinados documentos, lo que motiva la inadmisión de la demanda y archivo de las actuaciones.

exequátur no es un “título apto” para la ejecución material de la misma. Y como no hay ejecución sin título (*nulla executio sine titulo*), una sentencia extranjera sin exequátur ganado en España, no puede ejecutarse en España.<sup>11</sup>

**13.** Como declara el Preámbulo de la Ley 29/2015, el exequátur debe cumplir una serie de formalidades para preservar aquel derecho fundamental a la defensa lo que exigirá acreditar que la interposición de la demanda se notificó de forma regular al demandado; reconociendo que dentro de un complejo marco de relaciones internacionales con numerosos Tratados y Acuerdos internacionales en vigor, y numerosas disposiciones de la Unión Europea que resultan aplicables, una Ley interna como es ésta, debe tener un carácter subsidiario<sup>12</sup>.

Dicho carácter se pone de manifiesto en el artículo 2.a) 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.<sup>13</sup>

**14.** En definitiva, con este Auto la AP de Tarragona corrige el error jurídico en el que ha incurrido el JPI cuando denegara el exequátur solicitado por la madre de los menores, sin tener en cuenta que el documento presentado a consecuencia del requerimiento, que se denomina “Certificado de firmeza de divorcio” constata que el demandado –y obligado por sentencia extranjera al pago de los alimentos pretendidos– fue declarado en rebeldía en las audiencias de investigación y reconciliación, practicadas en Marruecos. Siendo así, se entiende que da cumplimiento a la exigencia del precepto convencional citado, por el que se constata que la parte ha sido “declarada rebelde” al quedar certificada esta situación procesal de rebeldía” y, en consecuencia, ha lugar al exequátur solicitado.

**15.** Podemos finalizar afirmando que los órganos judiciales españoles ya tienen cierta conciencia de la necesidad de la correcta aplicación de las fuentes del Derecho internacional privado español, pues se trata de un ámbito especialmente importante.

**16.** Fuera de la aplicación de un instrumento comunitario, como es el caso de autos, el exequátur adquiere protagonismo como procedimiento especial cuyo objeto es declarar, a título principal, el reconocimiento de una resolución judicial extranjera y, en su caso, autorizar su ejecución teniendo en cuenta la primacía de los Convenios internacionales firmados por España, en este caso el que fuera firmado entre España y Marruecos en 1997 para, en definitiva, considerar que se han cumplido con sus previsiones y proceder así al exequátur de la sentencia marroquí y, en consecuencia, hacer efectivas las cantidades debidas por el impago de las pensiones de alimentos a favor de los menores habidos en el matrimonio.

<sup>11</sup> Al respecto, A.L. CALVO CARAVACA Y J. CARRASCOSA GONZÁLEZ, *Derecho Internacional Privado*, *op cit*, pp. 414 y ss.

<sup>12</sup> Sobre la relación y aplicación de las fuentes del Derecho internacional privado español, ya desde el año 1986, analizaba el tema A. CALVO CARAVACA, “Las fuentes del Derecho internacional privado”, *Revista General de Derecho*, Nº 507, 1986, págs. 5051-5093 y más recientemente, A. ORTEGA GIMÉNEZ, “¿Qué ocurre con la ruptura matrimonial del emigrante? ¿Qué ley se aplica? ¿Son competentes los tribunales españoles?”, en *Revista Economist & Jurist*, Número 120, Difusión Jurídica, Barcelona, mayo 2008, pp. 18-24 y A. RODRÍGUEZ BENOT; B. CAMPUZANO DÍAZ; M. A. RODRÍGUEZ VÁZQUEZ; A. YBARRA BORES: *Manual de Derecho Internacional Privado*, 5ª Ed. Tecnos, 2018, p. 108.

<sup>13</sup> *Vid* los comentarios a la Ley 29/2015 F.P. MÉNDEZ, G. PALAO MORENO (Dir.): *Comentarios a la Ley de cooperación jurídica internacional ...op cit*.



ANÁLISIS DEL CONSENTIMIENTO DEL PROGENITOR  
AL DESPLAZAMIENTO O LA RETENCIÓN DEL MENOR  
EN UN ESTADO DISTINTO AL DE SU RESIDENCIA HABITUAL.  
SU INTERPRETACIÓN EN EL AUTO DE LA AUDIENCIA  
PROVINCIAL BARCELONA (SECCIÓN 18<sup>a</sup>) DE 27 DE  
NOVIEMBRE

ANALYSIS OF THE CONSENT OF THE NON- ABDUCTING  
PARENT TO THE REMOVAL OR RETENTION OF THE CHILD.  
INTERPRETATION OF THE SPANISH COURT OF APPEAL  
OF BARCELONA (SECCION 18<sup>a</sup>) OF 27<sup>TH</sup> NOVEMBER

MÓNICA HERRANZ BALLESTEROS  
*Profesora Titular de DIPr de la UNED*  
ORCID ID: 0000-0002-0748-6598

Recibido: 18.06.2019 / Aceptado: 11.07.2019

DOI: <https://doi.org/10.20318/cdt.2019.4984>

**Resumen:** Desplazamiento de un menor desde Corea a España. Aplicación del artículo 13 a) del Convenio de La Haya de 1980. Consentimiento del progenitor al traslado del menor. Retención lícita en España

**Palabras clave:** sustracción internacional de menores, Convenio de La Haya de 1980, consentimiento de traslado, retención lícita.

**Abstract:** International Child Abduction from Corea to Spain. Application of article 13 a) of the Hague Convention on Civil Aspects of International Child Abduction of 1980. Father's permission. Non wrongful retention.

**Keywords:** international child abduction, Hague Convention on the Civil Aspects of International Child Abduction of 1980, father's permission to removal of the child, non wrongful retention.

**Sumario:** I. Introducción. II. Hechos. III. Razonamientos jurídicos que suscita el auto de la AP de Barcelona. 1. Aplicación del CLH de 1980. A) Ámbito de aplicación espacial del CLH de 1980. B) Ámbito de aplicación personal del CLH de 1980. 2. Calificación del supuesto de conformidad con el CLH de 1980. 3. El consentimiento al desplazamiento como elemento decisivo en torno a la licitud o ilicitud del traslado o retención del menor. A) Ilicitud del traslado o retención: consentimiento al desplazamiento del menor con alcance temporal limitado. B) Licitud del traslado o retención del menor: consentimiento o aquiescencia al desplazamiento o retención del menor. 4. La interpretación del consentimiento al traslado por la AP de Barcelona en el auto de 27 de noviembre de 2018. IV. A modo de conclusión.

---

\* 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).

## I. Introducción

1. El 27 de noviembre de 2018 la Audiencia Provincial de Barcelona (Sección 18ª) desestima el recurso de apelación presentado contra la decisión dictada por el Juzgado de Primera Instancia nº 16 de Barcelona (Familia) por el que se denegó la restitución de un menor a Corea del Sur<sup>1</sup>. En el supuesto se cuestionaba la licitud o ilicitud de la retención del menor en España por su progenitora.

2. A continuación, en el presente trabajo se describen más detenidamente cuáles son los hechos que dan lugar a la situación litigiosa (II). Se extraerán los razonamientos jurídicos que plantea la decisión (III): de un lado, la aplicación del *Convenio de 25 de octubre de 1980 sobre los Aspectos Civiles de la Sustracción Internacional de Menores* (en adelante Convenio de La Haya de 1980 o CHL de 1980), analizando los ámbitos de aplicación del instrumento convencional (1); de otro lado, la calificación del supuesto conforme al CLH de 1980 (2); posteriormente se estudiará, en primer lugar, el consentimiento al desplazamiento como elemento decisivo en torno a la licitud o ilicitud del traslado o retención del menor (3); en segundo lugar, de forma concreta, la interpretación del consentimiento al traslado otorgado por la AP de Barcelona en el auto de 27 de noviembre de 2018 (4); finalizará el trabajo con unas conclusiones sobre el asunto (IV).

## II. Hechos

3. La Sra. Sara y el Sr. Vicente contraen matrimonio en Corea donde nace su hijo y donde posteriormente es escolarizado<sup>2</sup>. En marzo de 2017, la progenitora, en compañía del menor, decide venir a España a visitar a su familia y en particular a un familiar que estaba enfermo. El progenitor, tal y como se recoge en el Fundamento Jurídico tercero de la decisión de la AP, estuvo conforme con dicho viaje e incluso viajó a España para visitarlos en el mes de julio. Aunque en un principio, conforme se refleja en la decisión, se esperaba que el traslado de Sra. Sara y el niño fuera por un tiempo determinado, posteriormente ésta decide retrasar su regreso a Corea y, en septiembre del mismo año, comunica al Sr. Vicente su intención de permanecer junto con el menor en España.

Después de que la madre pusiera en conocimiento del progenitor su deseo de quedarse en España, éste muestra a la progenitora su intención de enviar la documentación que precise para que ella gestione en la Embajada de Corea en España lo que sea necesario para de forma textual: “(...) hacer legal al hijo en España (...)”.

Sin embargo, a continuación, el Sr. D. Vicente plantea ante los Tribunales españoles una demanda de restitución del menor a Corea al considerar que, si bien ha sido trasladado a España con su consentimiento inicial, es retenido posteriormente en este país por la demandada, sin su consentimiento, por tanto, de forma ilícita<sup>3</sup>.

4. El Juzgado de Primera Instancia nº 16 de Barcelona (Familia) desestima, mediante auto dictado el 8 de agosto de 2018, la demanda interpuesta por el Sr. Vicente acordando la no ilicitud de la retención del menor Juan Ramón.

El Sr. D. Vicente a la vista de la resolución dictada en Instancia, presenta recurso de apelación el 21 de septiembre de 2018 ante la AP de Barcelona. La Audiencia dicta un auto seis días más tarde –el 27 de noviembre de 2018–, en el que desestima el recurso al confirmar la decisión dictada por el Juzgador de Primera Instancia y, en consecuencia, declara la *no ilicitud de la retención del menor en España*.

<sup>1</sup> ECLI: ECLI:ES:APB:2018:7912A

<sup>2</sup> Aunque en la decisión no se dice de forma expresa por los datos que se presentan parece ser un matrimonio mixto entre una nacional española y un nacional coreano. Ambos deciden instalar su residencia habitual en Corea

<sup>3</sup> De conformidad con el procedimiento establecido del artículo 778 *bis* al 778 *quáter* de la LEC 1/2000.

### III. Razonamientos jurídicos que suscita el auto de la AP de Barcelona

#### 1. Aplicación del CLH de 1980

6. La aplicación del CLH de 1980 a un supuesto de sustracción internacional de menores está condicionada al cumplimiento de: A) los Estados implicados en el supuesto –Estado donde el menor tiene su residencia habitual y el Estado al que el menor ha sido trasladado o donde es retenido– han de ser ambos Estados parte del Convenio; por tanto, el supuesto tiene que estar en el ámbito de aplicación espacial cubierto por el instrumento convencional; B) además, es necesario que el supuesto planteado esté incluido en el ámbito personal del CLH de 1980.

#### A) Ámbito de aplicación espacial del CLH de 1980

7. El CLH de 1980 es un texto que se aplica inter partes<sup>4</sup>; en consecuencia, los Estados implicados esto es, el Estado desde donde el menor es trasladado y el Estado al que el menor es desplazado, han de ser Estados parte del CLH de 1980. Efectivamente en el caso resuelto por la AP tanto España, desde el uno de octubre de 1987, como Corea del Sur desde uno de marzo de 2013 son parte del CLH de 1980.

Hay que advertir que además conforme a lo establecido en la normativa de fuente interna española el proceso de restitución establecido en los artículos 778 bis al 778 quáter de la LEC 1/2000 solo va a ser aplicable cuando el menor haya sido desplazado desde otro Estado de la Unión Europea o de un Estado que sea parte de un convenio internacional<sup>5</sup>. En consecuencia, que el menor provenga de un Estado, en este caso, parte del CLH de 1980 cumpliría con la condición de aplicación de la norma.

8. Ahora bien la posición que en la Conferencia de La Haya tienen España y Corea no es la misma. Así, mientras España tiene la condición de Estado miembro de la Conferencia de La Haya de Derecho Internacional Privado no sucede lo mismo con Corea del Sur. Situación que tiene su reflejo en los distintos textos convencionales.

En relación al CLH de 1980 y según lo previsto en su artículo 37: “El Convenio estará abierto a la firma de los Estados que eran Miembros de la Conferencia de La Haya de Derecho Internacional Privado en el momento de su Decimocuarta Sesión”. En caso de Estados que no son miembros de la Conferencia de La Haya –como Corea– también pueden suscribir el Convenio si bien su efectividad y aplicación entre los Estados está condicionada (se trata de un Convenio semi-cerrado).

9. De acuerdo con el artículo 38 del CLH de 1980 cualquier Estado que no sea miembro de la Conferencia de La Haya pueda adherirse al Convenio, si bien para que ésta tenga efectos, y por tanto el Convenio sea aplicable, entre el Estado adherido y los Estados contratantes estos últimos tendrán que realizar una declaración de aceptación expresa sobre la adhesión<sup>6</sup>.

10. La aceptación por los Estados miembros de la Unión Europea a las adhesiones de terceros Estados al CLH de 1980 fue objeto de polémica en el ámbito de la Unión. La controversia se centró en torno a quién era el titular para la aceptación de la adhesión al CLH de 1980 de terceros Estados, bien los Estados miembros bien la Unión Europea. Cuestión que fue sometida por la Comisión al TJUE, quien emitió el Dictamen 1/13 el 14 de octubre de 2014<sup>7</sup>.

<sup>4</sup> En mayo de 2019 son cien los Estados parte del CLH de 1980. Puede consultarse en [www.hcch.com](http://www.hcch.com)

<sup>5</sup> Artículo 778 bis: “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”.

<sup>6</sup> En relación a la valoración de este sistema véase E. PÉREZ VERA, “Sustracción internacional de menores. Aspectos civiles”, *BIMJ* Año LIV, suplemento al núm., 1865, de 15 de marzo de 2000, pp. 50-51.

<sup>7</sup> ECLI:EU:C:2014:2303

En el mismo el TJ estableció que *las declaraciones de aceptación a la adhesión a tal texto están incluidas en las competencias externas de la Unión*<sup>8</sup>. De forma que los Estados miembros no podrán hacer declaraciones unilaterales de aceptación a las adhesiones de terceros Estados al CLH de 1980. Se pretende con ello conseguir la homogeneidad en la aplicación territorial del texto, evitando, en palabras del TJUE, “menoscabar la aplicación uniforme y coherente del Reglamento 2001/2003 y, en particular, de las normas de cooperación entre las autoridades de los Estados miembros cada vez que una situación de sustracción internacional de un menor afectara a un Estado tercero y a dos Estados miembros, uno de los cuales hubiera aceptado la adhesión de ese Estado tercero a dicho Convenio y el otro no”<sup>9</sup>.

Tras la adhesión de Corea al CLH de 1980, se publicó una Decisión del Consejo por la que se autorizó a los Estados miembros que aún no lo hubieran hecho realizar la declaración de aceptación a la adhesión de Corea al CHL de 1980 en interés de la Unión Europea<sup>10</sup>. Conforme a la citada Decisión España realiza la declaración de aceptación de Corea a la adhesión del CLH de 1980 el 7 de febrero de 2017. El Convenio está en vigor entre ambos Estados desde el 1 de mayo de 2017<sup>11</sup>.

**11.** En consecuencia, y aunque no se indica exactamente cuándo se inicia el procedimiento de restitución ante el Juzgado de Primera Instancia parece que la demanda ante el mismo se plantea cuando el texto está ya en vigor entre ambos Estados (cumpliendo también el ámbito temporal de aplicación del texto).

## B) Ámbito de aplicación personal del CLH de 1980

**12.** De conformidad con el artículo 4 del CLH de 1980 este texto limita su aplicación: a todo menor que haya tenido su *residencia habitual* inmediatamente antes de la infracción de los derechos de custodia o de visita en el territorio de un Estado contratante y sea trasladado al territorio de un segundo Estado contratante. Dejándose de aplicar cuando *el menor alcance los dieciséis años*.

Ninguno de los elementos a los que el texto condiciona su aplicación suscitan problema en el caso resuelto por la AP de Barcelona.

**13.** En relación al lugar de *residencia habitual del menor*. La determinación del lugar de residencia habitual del menor es uno de los elementos que más controversia plantea en supuestos de sustracción internacional de menores<sup>12</sup>. Su ubicación en un Estado –del que fue desplazado– o en otro –en el territorio del Estado al que fue desplazado– supone, en definitiva, que haya habido o no traslado ilícito del menor.

En el caso objeto de análisis no se discute por las partes que la residencia habitual inmediatamente anterior al traslado del menor estaba situada en otro Estado contratante del CHL de 1980. En relación a este aspecto al Audiencia establece en el Fundamento jurídico tercero: “La resolución apelada

<sup>8</sup> Sobre el mismo puede verse entre otros, A. BORRAS RODRÍGUEZ, “La aceptación de las adhesiones al Convenio de La Haya de 1980 sobre sustracción de menores. El Dictamen 1/13 de 14 de octubre de 2014”, *La Ley UE*, mes 21, 2014, pp. 42-50; C. CARRILLO LERMA, “Competencia externa exclusiva de la Unión Europea y Derecho Internacional Privado”, *CDT*, (Marzo 2015), Vol. 7, Nº 1, pp. 46-55; P. BEAUMONT, “A Critical Analysis of the Judicial Activism of the Court of Justice of the European Union in Opinion 1/13”, P. FRANZINA (Ed.), *The External Action of the EU in the Field of Private International Law after Opinion 1/13*, pp. 55-74.

<sup>9</sup> Punto 89 Dictamen 1/13 del TJUE.

<sup>10</sup> Decisión (UE) 2016/2313 del Consejo de 8 de diciembre de 2016 por la se autoriza a determinados Estados miembros a aceptar, en interés de la Unión Europea, la adhesión de la República de Corea al Convenio de La Haya de 1980 sobre los aspectos civiles de la sustracción internacional de menores. DO de 20/12/2016 Serie L 345/59.

Los siguientes Estados miembros de la Unión Europea habían aceptado la adhesión de Corea al CLH de 1980 antes del Dictamen 1/13 del TJUE y de la Decisión del Consejo: Lituania (2013); República Checa (2013); Irlanda (2013).

<sup>11</sup> De conformidad con lo establecido en el artículo 38.5 del CLH de 1980.

Puede consultarse en: <https://www.cch.net/es/instruments/conventions/status-table/acceptances/?mid=1204>

<sup>12</sup> Prueba de ello es por ejemplo la abundante jurisprudencia que sobre este aspecto ha tratado no solo a nivel nacional sino en el caso de sustracciones entre Estados miembros por el TJUE. Un estudio sobre la misma en: I. REIG FABADO, “La construcción del concepto autónomo de residencia habitual del menor en los supuestos de sustracción internacional de menores”, *CDT*, (Marzo 2019) Vol. 11, Núm., 1, pp. 877-888. L.A. PÉREZ MARTÍN, “Determinación y trascendencia de la residencia habitual en las crisis familiares internacionales”, *Crisis matrimoniales internacionales y sus efectos: derecho español y de la Unión Europea. Estudio normativo y jurisprudencial*, (dir. M. Guzmán y M. Herranz), Edt. Tirant lo Blanch, 2018, pp. 927-964.

ha declarado probado que la residencia habitual del hijo menor de las partes era Corea del Sur, criterio con el que esta Sala coincide, pues ambas partes reconocen que en aquel país se casaron, allí nació Juan Ramón y allí estaba escolarizado”.

**14.** En relación a los menores a los que el texto es aplicable serán aquellos que aún *no hayan cumplido los dieciséis años* y ello con independencia de que la mayoría de edad, conforme a la ley que resultara aplicable, se alcance una vez cumplidos los dieciocho años. Desde luego el texto reduce el número de menores que considera protegibles; ahora bien, la edad establecida como límite para la aplicación del texto -dieciséis años- es muy razonable teniendo en cuenta la materia y objetivos del CLH de 1980. Como explica E. Pérez Vera en el Informe Explicativo al Convenio *una persona de más dieciséis años tiene por lo general una voluntad propia que es difícil ignorar, ya sea por uno o por otro progenitor, ya sea por una autoridad judicial o administrativa*<sup>13</sup>.

No parece que el asunto resuelto por la Audiencia Provincial planteara controversia sobre este aspecto. Aunque en ningún momento se ofrece el dato de la edad del menor por el órgano judicial, no parece que sea éste un impedimento a la aplicación del CLH de 1980 ni en el momento de la acción ni en el de la resolución<sup>14</sup>; por tanto, el menor Juan Ramón debe en todo caso ser menor de dieciséis años tanto en el momento en el que el litigio se plantea ante el Juzgado de Primera Instancia como cuando la Audiencia resuelve.

Sobre este aspecto de manera expresa la Fiscalía General del Estado en la *Circular 6/2015 de la Fiscalía, sobre los aspectos civiles de la sustracción internacional de menores* se establece en el criterio de actuación décimo: “Los Fiscales deberán partir de que si el menor afectado cumple los dieciséis años durante la tramitación del procedimiento no procederá adoptar resolución alguna sobre su retorno o restitución”.

## 2. Calificación del supuesto de conformidad con el CLH de 1980

**15.** El artículo 3 del CLH de 1980 define cuando el desplazamiento o retención de un menor se considera ilícito<sup>15</sup>. Es conocido que el objeto primordial del CLH de 1980 es la restitución inmediata del menor al Estado de su residencia habitual salvo que concurra alguna de las excepciones que contempla el texto.

**16.** En el caso resuelto la AP de Barcelona se centró en determinar si se había producido o no la segunda de las excepciones al retorno incluidas en la letra a) del artículo 13 y alegada por la progenitora. Excepción, que conforme a la decisión del Juzgado de Primera Instancia, había concurrido en este supuesto y, en consecuencia, la retención no se consideraba ilícita.

Artículo 13 letra a): “No obstante lo dispuesto en el artículo precedente, la autoridad judicial o administrativa del Estado requerido no está obligada a ordenar la restitución del menor si la persona, institución u otro organismo que se opone a su restitución demuestra que: *a)* la persona, institución u organismo que se hubiera hecho cargo de la persona del menor no ejercía de modo efectivo el derecho de custodia en el momento en que fue trasladado o retenido o *había consentido o posteriormente aceptado el traslado o retención*”.

Las excepciones al retorno previstas en este apartado tienen que ver con la conducta del progenitor que se ve desposeído de la compañía del menor y demanda su restitución. En consecuencia, es su comportamiento el que determina si la acción de quien trasladó al menor pasa de ilícita a lícita. Su com-

<sup>13</sup> E. PÉREZ VERA, “Sustracción internacional de menores...”, *op. cit.*, pp. 63-64.

<sup>14</sup> *Ibid.*, “no se podrá llevar a cabo o aprobar ninguna acción o resolución respecto a un menor tras su decimosexto cumpleaños”, p. 64.

<sup>15</sup> El artículo 3 del CLH de 1980 establece: “El traslado o la retención de un menor se considerarán ilícitos: *a)* cuando se hayan producido con infracción de un derecho de custodia atribuido, separada o conjuntamente, a una persona, a una institución, o a cualquier otro organismo, con arreglo al Derecho vigente en el Estado en que el menor tenía su residencia habitual inmediatamente antes de su traslado o retención; y *b)* cuando este derecho se ejercía de forma efectiva, separada o conjuntamente, en el momento del traslado o de la retención, o se habría ejercido de no haberse producido dicho traslado o retención”.

portamiento puede proyectarse en dos momentos distintos en relación a la excepción: cuando autoriza el traslado con lo cual se produce consentimiento; posteriormente, si acepta la situación<sup>16</sup>.

### 3. El consentimiento al desplazamiento como elemento decisivo en torno a la licitud o ilicitud del traslado o retención del menor

17. El elemento central en la aplicación del artículo 13 en su letra a) es el comportamiento del progenitor que se ve desposeído de la compañía del menor.

18. Un repaso por la jurisprudencia española permite comprobar que, aunque existe una abundante práctica en torno a la excepción del artículo 13 a), su alegación por quien ha trasladado al menor suele producirse de forma conjunta con otras excepciones en las que sustentar la permanencia del menor en el Estado al que ha sido trasladado. En efecto, generalmente, junto al consentimiento o aquiescencia del progenitor que ahora denuncia la ilicitud del traslado, quien se opone a la restitución añade, en defensa de la permanencia del menor al Estado que fue trasladado, otras excepciones con el fin de fundamentar la denegación del retorno<sup>17</sup>.

19. Como sucede en las demás excepciones a la devolución del menor contenidas en el CLH de 1980, quien alega la concurrencia de cualquier de ellas y entre estas el consentimiento al desplazamiento por parte del otro progenitor tiene que demostrarla; por tanto, no es el progenitor desposeído quien tiene que probar la ausencia de consentimiento al traslado.

Lo expone de forma muy clara respecto de la aplicación de la excepción de la letra a) del artículo 13 la AP de Las Palmas (Sección 3ª) en Auto núm., 69/2009 de 10 de marzo<sup>18</sup>: “Era la demandada la que tenía que acreditar, y no como parece señalar la sentencia de instancia, la existencia del consentimiento, no ya por cuanto la prueba de un hecho negativo se torna en diabólica sino porque es ella la que alega un hecho al que debe anudarse consecuencias jurídicas y además por su facilidad probatoria”.

#### A) Ilicitud del traslado o retención: consentimiento al desplazamiento del menor con alcance temporal limitado

20. Es habitual que se produzcan supuestos en los que en principio uno de los progenitores consiente el traslado del menor al segundo Estado con el otro progenitor, pero este consentimiento se otorga con un *alcance temporal limitado* por lo que posteriormente se denuncia la ilicitud del traslado o retención del menor. Si esto último es así supone que el traslado o retención que, en principio, es lícito se vuelve ilícito.

Hay que aclarar que en estos asuntos no se trata de supuestos en los que la estancia del menor en el segundo Estado se debe al posible disfrute del derecho de visita concedido a uno de los progenitores cuyo ejercicio se permite realizar fuera del Estado de la residencia habitual del menor por un plazo determinado. Son supuestos en los que el permiso de uno de los progenitores se otorga para que el menor se traslade con el otro, generalmente a su país de origen, con el propósito, por ejemplo, de realizar visitas a familiares. En este segundo Estado ninguna de las partes tiene establecida la residencia habitual, tampoco el progenitor que desplaza al menor.

21. A continuación, se exponen algunos ejemplos sobre esta situación:

La AP de Las Palmas (Sección 3ª) por auto dictado el 10 de marzo de 2009<sup>19</sup>, revoca la decisión dictada en Primera Instancia en la que se denegaba la restitución solicitada dando por probado la existencia

<sup>16</sup> Véase al respecto la *Circular de la Fiscalía 60/2015 sobre aspectos civiles de la sustracción internacional de menores*, pp. 34-35.

<sup>17</sup> Sin embargo, en el caso de la AP de Barcelona (Sección 18) de 27 de noviembre, objeto de este estudio, no se alega ninguna excepción más en la que fundamentar la denegación del retorno del menor.

<sup>18</sup> AC2009/1326.

<sup>19</sup> AC 2009/1326.

de acuerdo por parte del progenitor sobre el desplazamiento desde Italia a España de las dos menores y, por tanto, considerando lícita su retención. Sin embargo, la AP establece: “El recurso, tanto el de la abogacía del estado como el interpuesto por el padre deben prosperar y ello por cuanto la premisa mayor, esto es el consentimiento del traslado de residencia por parte del padre de las hijas a España no ha sido mínimamente acreditado. Las únicas pruebas de la existencia de dicho consentimiento están en lo que ha manifestado la madre y la hermana de ésta en el acto del juicio y dichas manifestaciones sin otras pruebas que lo corroboren no pueden acreditar la existencia del consentimiento negado por la otra parte, y la testifical escaso, o nulo valor, tiene pues, aparte de que la referida testigo manifestó que su interés era que su hermana ganara el pleito, ella declaró que tenía conocimiento del hecho de la existencia del consentimiento no por razón directa sino por referencia ya que así se lo había dicho su hermana), las demás pruebas obrante en las actuaciones, esto es las documentales, ninguna luz arrojan al asunto en lo relativo a que el padre consintió en el traslado de la residencia”<sup>20</sup>.

La AP de Madrid (Sección 22<sup>a</sup>) en auto de 31 de marzo de 2015<sup>21</sup>, resuelve un supuesto en el que la demandada alega junto con la excepción del artículo 13 letra a) la aplicación de la excepción contenida en el artículo 13 b) del CLH de 1980. Respecto de la primera de las excepciones el órgano judicial establece que: “el consentimiento del padre al viaje de la niña a España junto con su madre como un acto propio del recurrente no puede, objetivamente, generar la confianza de un aquietamiento del padre al traslado definitivo de la niña a este país, pues, aquel comportamiento puntual y realizado, con ocasión de aquel conflicto - y período vacacional - no puede tener la proyección y vinculación que se pretende, como lo evidencia, en primer lugar, la redacción genérica del documento policial al que se ha hecho referencia y, en segundo lugar, la inmediata puesta en marcha por parte del padre, de cuantos procedimientos judiciales estuvieron a su alcance para lograr el regreso de Estela a su residencia habitual”<sup>22</sup>.

Resulta muy interesante el auto de la AP de Las Palmas (Sección 3<sup>a</sup>) de 21 de junio de 2017<sup>23</sup>. El caso trató sobre un menor con residencia en Reino Unido donde se otorgó la guarda compartida a ambos progenitores. El progenitor desplaza al menor a Las Palmas y allí lo retiene sin que se produzca su retorno a Reino Unido. La madre interpone solicitud de restitución y ante la misma el demandado argumentan entre otros aspectos: 1) consentimiento de la progenitora al traslado del menor y 2) la pasividad de la progenitora en relación a la permanencia del menor en España. Pues bien, en relación al primer argumento la AP estima que no hay en realidad verdadero consentimiento de la madre quien no consintió el cambio de residencia ni procedió al cambio judicial de la residencia habitual del menor<sup>24</sup>; y en referencia al segundo la Audiencia afirma que la madre sale de dicha situación de pasividad de la situación cuando se le comunica por parte de los Servicios Sociales la situación de abandono en la que se encuentra el menor.

De forma tajante la Audiencia establece: “Por todo lo expuesto, lo único que se constata es una retención ilícita del menor no amparada por resolución judicial, que ha contrariado el permiso de viaje que finalizaba en enero de 2016, y una situación de tolerancia de la madre hasta noviembre de 2016, en que ya presenta denuncias en España sobre la situación de su hijo, todo lo cual no cabe confundir con una aceptación formal del cambio de residencia de su hijo, a los efectos de aplicar el art. 13 del Convenio, lo que hubiera entrañado evidentemente una pérdida de su custodia, en lo que tampoco ha estado nunca conforme”<sup>25</sup>.

La AP de Santa Cruz de Tenerife (Sección 1<sup>a</sup>) por auto dictado el 10 de mayo de 2018<sup>26</sup>, resuelve sobre la sustracción de dos menores desde Italia a España por el progenitor quien alega, además de la

<sup>20</sup> Fundamento Jurídico Primero.

<sup>21</sup> JUR/2015/ 117498.

<sup>22</sup> Fundamento Jurídico Quinto.

<sup>23</sup> ECLI: ECLI:ES:APGC:2017:977

<sup>24</sup> La AP en su F.º Tercero establece: “De la prueba aportada a los autos, las comunicaciones de mensajería cursada entre apelante y apelada, y los interrogatorios de las partes, lo que resulta no es un verdadero consentimiento y aceptación de la madre al cambio de residencia, sino una mera situación de pasiva tolerancia a esa situación de hecho producida cuando el menor no regresa a Londres en febrero de 2016. No hay constancia documental de ningún acuerdo entre los padres para que, contrariando lo dispuesto en la autorización de salida al extranjero, fijar la residencia permanente del niño en Las Palmas”.

<sup>25</sup> F.º J.º Tercero.

<sup>26</sup> AC 2018/1294.

conurrencia de la excepción contenida en la letra b) del artículo 13 del CLH de 1980, la existencia de consentimiento materno a dicho traslado. Ante esta situación la AP establece: “entrando en el requisito que se ha cuestionado en esta alzada, no se ha quedado acreditado que haya existido consentimiento prestado por la madre; obra al folio 170 de autos una copia de una nota manuscrita en la que se refiere que la madre autoriza a que los menores se empadronen en Tenerife con el padre, pero no se constata ni su fecha ni su autenticidad y que no se compadece con que en el mes de octubre de 2017 la madre ya denunciare la sustracción de sus hijos”.

22. Los casos descritos son supuestos que responden a traslados lícitos para los que, posteriormente, la retención del menor en el territorio del Estado al que fueron desplazados se considera ilícita. En todos ellos se demuestra que el consentimiento del progenitor no se da a un traslado permanente, sino con un alcance limitado en el tiempo. En cualquier caso, compartimos la reflexión de la AP de Las Palmas (Sección 3ª) de 21 de junio de 2017 ya citado cuando en relación a esta excepción afirma: “Ciertamente ésta es la excepción legal a la aplicación de la restitución del menor de perfiles más dudosos”, lo que de muestra la dificultad que conlleva su correcta interpretación y aplicación por parte de la autoridad judicial.

### **B) Licitud del traslado o retención del menor: consentimiento o aquiescencia al desplazamiento o retención del menor**

23. El traslado del menor a fin de que permanezca en otro Estado con el consentimiento de ambos progenitores conllevará la modificación de su residencia habitual y, en consecuencia, el cambio de las autoridades que serán competentes en su caso para decidir las cuestiones relativas al menor.

Cuando el traslado del domicilio se produce con el acuerdo de ambos progenitores, la decisión parece adoptarse en un contexto en el que no hay crisis familiar y, por tanto, son asuntos que no plantean controversia jurídica. Son las situaciones de crisis familiar las que, sin duda, suscitan los problemas más importantes cuando se trata de decidir uno de los elementos más importantes en la vida de un menor: el lugar de su domicilio y, sobre todo, cuando supone determinar si éste ha de situarse en un Estado, a veces muy alejado, en todos los sentidos, de aquel en el que tiene su residencia habitual.

24. Pues bien, el traslado del menor con el propósito de trasladar su domicilio es un aspecto que conforme al derecho español pertenece al ámbito de facultades contenidas en el ejercicio de la patria potestad; en consecuencia, corresponde a ambos progenitores adoptar de común acuerdo una decisión al respecto<sup>27</sup>. Cuando los progenitores no llegan a un acuerdo tendrán que recurrir al juez para que decida siempre en *interés del menor*. Estos supuestos plantean casos de reubicación internacional de menores. Situaciones en las que el progenitor que pretende trasladarse a otro Estado quiere hacerlo con el menor para lo que tiene que solicitar el permiso del otro progenitor, y en caso de no obtenerlo recurrir al órgano judicial para que decida en torno a la autorización o no del desplazamiento del menor<sup>28</sup>.

25. El marco de este trabajo está configurado por los supuestos en los que el progenitor “sustractor” alega que existe acuerdo entre ambos progenitores al traslado del menor y, en consecuencia, no se ha solicitado permiso al órgano judicial para proceder al desplazamiento. Ahora bien, posteriormente la existencia del acuerdo alegado por un progenitor se niega por el otro desde el momento en el que éste último, es decir aquel con quien el menor no se trasladó, decide iniciar un proceso para su restitución.

---

<sup>27</sup> Establece el artículo 156 del Cc: “La patria potestad se ejercerá conjuntamente por ambos progenitores o por uno solo con el consentimiento expreso o tácito del otro. En caso de desacuerdo, cualquiera de los dos podrá acudir al Juez quien, después de oír a ambos y al hijo si tuviera suficiente juicio y, en todo caso, si fuera mayor de doce años, atribuirá sin ulterior recurso la facultad de decidir al padre o la madre”.

<sup>28</sup> En la doctrina española no ha sido un tema muy estudiado. Entre los trabajos pueden verse los de: C. GONZÁLEZ BEILFUSS, “El traslado lícito de menores: las denominadas *Relocation Disputes*”, *REDI*, (2010), 2, pp. 52-75; E. RODRÍGUEZ PINAU, “Revisión de la atribución de la custodia y la reubicación internacional del menor en interés superior del menor: Comentario a la STS de 18 de enero 2017 (RJ 2017, 343), *Cuadernos Civitas de Jurisprudencia Civil*, enero-abril 2018, pp. 9-21.



26. A continuación, se analizan supuestos para los que las autoridades estiman que sí ha habido consentimiento al traslado del menor y, por tanto, la excepción del artículo 13 letra a) se aplica considerando entonces que no hay sustracción o retención ilícita del menor o menores en España:

La AP de Baleares (Sección 3ª), en auto dictado el 13 de marzo de 2003<sup>29</sup>, establece la licitud del traslado del menor desde Argentina a España desestimando con ello el recurso interpuesto por el Abogado del Estado ante el Auto dictado por el Juzgado de Primera Instancia núm., 3 de Palma. En relación a la aplicación de la excepción del artículo 13 letra a) del CLH de 1980 el Tribunal establece que la autorización del padre no era solo una autorización de viaje sino de permanencia de diez años en España. De manera expresa el Tribunal afirma: “En el caso no se da traslado ilícito por parte de la madre del menor Germán desde Argentina a esta ciudad de Palma ya que, siendo ciertamente la patria potestad compartida, el padre dio su consentimiento para su salida al extranjero en compañía de su madre por un lapso de 10 años, lo que supone autorizar no sólo la salida, como afirma el recurrente, sino también la residencia fuera de su país de origen, faltando el padre a la verdad al formular ante la Autoridad Central Argentina la petición de restitución al afirmar que su hijo fue secuestrado por la madre y trasladado a España, falta de ilicitud del traslado del menor conforme al artículo 3 del Convenio que impide su restitución sin necesidad de entrar a examinar si, además, concurren las circunstancias previstas en el Convenio y Ley de Enjuiciamiento Civil para denegar la restitución ante un traslado ilícito”<sup>30</sup>.

La AP de Madrid (Sección 24ª), en auto de 25 de abril de 2012, establece que no se ha producido sustracción ilícita del menor dado que, entre otros aspectos, la Audiencia considera que se ha demostrado el consentimiento del padre al traslado del menor a España<sup>31</sup>. El Tribunal argumenta: “Su traslado a Madrid tres meses antes parto, el nacimiento del menor en Madrid en donde está empadronado, las largas ausencias del padre que acudió a conocer al hijo transcurridos 16 días tras su nacimiento, habiendo permanecido largas temporadas madre e hijo en Madrid, tal y como se refleja en la cartilla de asistencia sanitaria del menor y ello con anterioridad a julio de 2010, fecha en la que Dª Reyes prorroga su estancia con su hijo con el consentimiento inicial paterno, si bien tras su no retorno a Praga, el padre interesó el presente procedimiento”<sup>32</sup>.

La AP de Granada (Sección 5ª), en auto de 8 de septiembre de 2017, desestima el recurso de apelación presentado por el progenitor frente a la decisión en Instancia que establecía la falta de competencia de las autoridades españolas para adoptar medidas de protección sobre un menor, dado que la competencia la ostentan las autoridades ecuatorianas donde el menor tiene su residencia habitual<sup>33</sup>. Frente a esta decisión el progenitor alega que el desplazamiento del menor fue realizado sin su consentimiento y que, por tanto, en aplicación del artículo 7 del CLH de 1996 dicho traslado es ilícito.

La AP establece dos elementos en su razonamiento: la existencia de consentimiento del apelante que se ve reforzado aún más con la aceptación de la situación creada; así como su desidia en torno a su falta de actuación en la interposición de la demanda de restitución ante las autoridades españolas. Respecto de la primera alegación: la prueba reside en las visitas realizadas de forma pacífica por parte del progenitor al menor en Ecuador en tres ocasiones distintas; respecto de la segunda, desde el desplazamiento del menor son tres años los que el progenitor tarda en actuar y solicitar la restitución del menor. El consentimiento, aunque en este caso parece ser implícito, su prueba demuestra su existencia de forma efectiva e incuestionable.

#### 4. La interpretación del consentimiento al traslado por la AP de Barcelona en el auto de 27 de noviembre de 2018

27. El consentimiento al traslado del menor es una cuestión de prueba y como tal es quien alega su existencia quien tiene que probarlo. En el marco del litigio tanto la AP como el juez de Primera

<sup>29</sup> JUR/2003/197519

<sup>30</sup> En su Fº Jº Segundo.

<sup>31</sup> JUR/2012/289697.

<sup>32</sup> Fº Jº Primero.

<sup>33</sup> En el supuesto se solicitó ante el Tribunal español la adopción de medidas de protección por el progenitor quien consideraba que la residencia habitual del menor estaba situada en territorio español y por tanto resultaba aplicable el artículo 8 del R. 2201/2003. El menor había sido trasladado por la progenitora a Ecuador. Auto núm. 135/2017 ECLI: ECLI:ES:APGR:2017:1186A

Instancia entendieron que la retención del menor en España era lícita, por tanto, quien alegó tal consentimiento fue quien tuvo que demostrarlo.

**28.** La Audiencia considera que el consentimiento del progenitor se produce en tres momentos distintos: primero en el traslado del menor a España; segundo durante la estancia en España; por último, en tercer lugar, en la permanencia definitiva del menor en España.

Para cada uno de ellos la progenitora, que alega la existencia del consentimiento del progenitor, y por tanto la aplicación de la excepción al retorno del artículo 13 a) del CLH de 1980, basa su existencia en las siguientes pruebas: en relación al consentimiento del traslado, el hecho de que el progenitor llevó a la madre y al hijo al aeropuerto donde cogerían el vuelo a España (marzo 2017); en relación al consentimiento durante la estancia en España, el progenitor visita a la madre y al hijo cinco meses más tarde del desplazamiento a España, y en ningún momento se opone a la permanencia del menor en España (julio 2017); en cuanto a la permanencia definitiva del menor junto a la madre en España, y tras expresar la madre al progenitor su firme decisión de quedarse en España con el menor, el padre se ofrece enviar la documentación necesaria para que la madre se dirija a la Embajada de Corea en España, y textualmente la comunica que: “(...) facilitará lo necesario para inscribir al menor (...)” (septiembre 2017).

**29.** La excepción del artículo 13 a) del CLH de 1980 solo se refiere al comportamiento de quien inicia el proceso de restitución y, por tanto, sostiene la ilicitud del traslado o permanencia del menor, pero ¿tiene alguna incidencia el comportamiento o actitud de quien desplazada al menor si en principio y durante un tiempo de su estancia muestra intención de volver al Estado donde permanece el otro progenitor, y sin embargo finalmente decide permanecer en el segundo Estado? Sobre este elemento, la Audiencia en su decisión se refiere a que la progenitora no mostró de manera firme su decisión de permanecer en España hasta septiembre de 2017<sup>34</sup> y, en consecuencia, en ningún momento durante el tiempo que estuvo en España manifestó su intención de no retornar a Corea; ahora bien, este comportamiento -reconocido por la progenitora durante el proceso- no es un aspecto que posteriormente incida en la decisión del Tribunal<sup>35</sup>. La AP basa su decisión, siguiendo lo previsto en el artículo 13 letra a) del CLH de 1980, únicamente en el comportamiento que el otro progenitor tiene en torno a su consentimiento.

**30.** Pues bien la Audiencia determina: “Se acredita pues, el consentimiento paterno tanto en un momento inicial de traslado del hijo común con la madre en marzo 2017 a España, como a la permanencia del menor en julio 2017 en este país, así como la facilitación de documentación necesaria para que el menor permanezca en España con la madre, sin que en ningún momento el padre objetara que tal documentación se proporcionaría para un tiempo limitado y determinado, con lo que no está mostrando el hoy recurrente una oposición clara y rotunda a la permanencia del menor en este país”.

**31.** De la valoración realizada por el juzgador, y teniendo en cuenta que el consentimiento al desplazamiento es una cuestión de prueba, parece deducirse que solo un comportamiento claro y firme por quien se opone a la permanencia del menor en el Estado al que ha sido trasladado contrarresta los elementos de prueba en los que se apoya quien alega dicho consentimiento. Además, conforme a la lectura de la Sentencia, para que no haya duda de la falta de consentimiento el comportamiento en este sentido, del progenitor que alega no haberlo dado, ha de ser continuado en el tiempo.

---

<sup>34</sup> Fº Jº Tercero.

<sup>35</sup> Si parece que en el asunto resuelto por el Auto de la AP de Las Palmas (Sección 3ª) de 21 de junio de 2017, el Tribunal tiene más en cuenta la actitud del otro progenitor. En dicha decisión el Tribunal establece: “Que no existió un verdadero consentimiento se demuestra por varios datos, como el que en la entrevista con los servicios sociales del Ayuntamiento, en marzo de 2016, el padre de José Daniel manifestaba que pensaba trasladarse a Londres para tramitar el cambio de custodia y residencia, lo que demuestra su conocimiento de la situación irregular de la estancia de su hijo en Las Palmas. Lo cual vuelve a reiterar en manifestaciones posteriores, donde incluso reconoce que no puede viajar con su hijo porque la madre le niega ya el permiso de viaje para el niño (informes del Ayuntamiento unidos como prueba documental de la demanda)”. Fº Jº Tercero.

#### IV. A modo de conclusión

32. La decisión adoptada por la AP de Barcelona pone de manifiesto varios aspectos:

En primer lugar, el supuesto que resuelve es un ejemplo de las situaciones conflictivas que las crisis familiares internacionales suscitan cada vez en mayor número.

En segundo lugar, la importancia de la existencia de textos internacionales que solventen las cuestiones jurídicas que se plantean, y que dichos instrumentos sean ratificados por el mayor número de Estados.

En tercer lugar, y es el elemento central del asunto, en una situación de desplazamiento o retención de un menor en un segundo Estado las excepciones a su restitución tienen que tener una aplicación limitada.

En cuarto lugar, en un supuesto como el resuelto por la AP de Barcelona en el que se alega la licitud de la retención del menor en España por el consentimiento del otro progenitor la prueba de su existencia recae en quien lo alega como excepción al retorno. En ningún momento hay referencia al modo en el que el consentimiento al traslado ha de otorgarse: de forma expresa o ser implícito.

La excepción al retorno recogida en el artículo 13 letra a) del CLH de 1980 es de perfiles muy dudosos de ahí la importancia de tener sólidos elementos de prueba que confirmen el consentimiento al traslado. Elementos que han de demostrar: que el consentimiento no tenía un alcance temporal limitado, y que existe consciencia de la vinculación que el traslado consentido del menor supondrá jurídicamente, por ejemplo, en torno al cambio legal de residencia y con ello la modificación en la competencia de las autoridades. En definitiva, se ha de probar de forma clara y convincente que el consentimiento tuvo lugar. De manera que, la decisión de quien alega ahora no haber otorgado el consentimiento es resultado de su arrepentimiento circunstancia que no transformará el traslado o retención de lícito en ilícito.

CASO NINTENDO: ¿EVOLUCIÓN O INVOLUCIÓN  
EN LA PROTECCIÓN DEL DISEÑO COMUNITARIO?  
COMENTARIO DE LA SENTENCIA DE 27 DE SEPTIEMBRE  
DE 2017, ASUNTOS ACUMULADOS C-24/16 Y C-25/16

NINTENDO CASE: EVOLUTION OR INVOLUTION  
IN THE PROTECTION OF COMMUNITY DESIGN? COMMENT  
ON THE JUDGMENT OF SEPTEMBER 27, 2017, JOINED  
CASES C-24/16 AND C-25/16

VANESSA JIMÉNEZ SERRANÍA

*Profesora Asociada (Acreditada a Contratado Doctor)*  
*Secretaria del Instituto Multidisciplinar de Empresa*  
*Universidad de Salamanca*

ORCID ID:0000-0002-2078-5648

Recibido: 15.07.2019 / Aceptado: 02.09.2019

DOI: <https://doi.org/10.20318/cdt.2019.4985>

**Resumen:** La STJUE de 27 de septiembre de 2017, más conocida como “asunto Nintendo” supone un importante hito jurisprudencial en la materia del diseño comunitario. El TJUE, en esta sentencia, aborda ciertos aspectos clave derivados de la aplicación práctica, a nivel procesal, de la protección otorgada por el diseño comunitario en casos en los que existen una pluralidad de infractores situados en distintos Estados Miembros que, a su vez, comercializan productos para varios países a través de Internet. En segundo lugar, en esta sentencia se determinan, de una manera cuestionable, los contornos a un límite poco conocido y estudiado de los derechos otorgados al titular de un diseño comunitario: el límite de “cita”.

**Palabras clave:** diseño comunitario, litisconsorcio pasivo, pretensiones accesorias, Internet, ley aplicable, límite de cita

**Abstract:** The Judgment of the CJEU of September 27th, 2017, better known as the “Nintendo case” represents an important jurisprudential milestone in the field of community design protection. The CJEU, in this Judgment, addresses certain key aspects related to the practical application, at the procedural level, of the protection granted by the Community design. In particular, it examines the case in which there is a plurality of offenders located in different Member States who market products for several countries via Internet. Secondly, in this judgment the CJEU determines, in a questionable manner, the contours to an “almost” unknown restriction of the rights granted to the holder of a community design: the “citation” limitation.

**Keywords:** community design, passive joint litigation, accessory claims, Internet, applicable law, appointment limit.

**Sumario:** I. Introducción. 1. Consideraciones preliminares. 2. Descripción de los hechos. II. Cuestiones procesales. 1. Litisconsorcio pasivo. 2. Competencia sobre las “pretensiones accesorias” y alcance de la resolución del tribunal en casos de litisconsorcio pasivo. III. Cuestiones sobre la ley

aplicable a las pretensiones accesorias. IV. Cuestiones materiales: El alcance del límite de “cita” en los diseños comunitarios. 1. Aprehensión del límite de cita en el caso Nintendo. 2. Reflexiones relativas a la interpretación del límite de cita de la sentencia Nintendo. V. Consideraciones finales.

## I. Introducción

### 1. Consideraciones Preliminares

1. La STJUE de 27 de septiembre de 2017 en los asuntos acumulados C-24/16 y C-25/16 (de aquí en adelante, “asunto *Nintendo*”) supone un importante hito jurisprudencial en la materia del diseño comunitario. Esto se debe a dos razones fundamentalmente. En primer lugar, en esta sentencia, el TJUE aborda ciertos aspectos clave derivados de la aplicación práctica, a nivel judicial, de la protección otorgada por el diseño comunitario en casos en los que existen una pluralidad de infractores situados en distintos Estados Miembros que, a su vez, comercializan productos para varios países a través de Internet. En segundo lugar, en esta sentencia se determinan por primera vez los contornos a un límite poco conocido y estudiado de los derechos otorgados al titular de un diseño comunitario: el límite de “cita”.

2. En el presente comentario se pretende ofrecer una visión sucinta y crítica de cada uno de estos aspectos abordados por el TJUE partiendo de una descripción del asunto *Nintendo* a fin de poner en perspectiva los diferentes elementos estudiados.

### 2. Descripción de los hechos

3. El origen del asunto *Nintendo* lo encontramos en un litigio que enfrentaba en Alemania a la conocida empresa nipona Nintendo contra la empresa francesa BigBen Interactive SA (de aquí en adelante, “BigBen Francia”) y su filial alemana BigBen Interactive GmbH (de aquí en adelante, “BigBen Alemania”).

BigBen Francia es una empresa que se dedica a fabricar mandos y otros accesorios compatibles con la consola de videojuegos Wii (producto de la empresa Nintendo). Con anterioridad al inicio de la controversia, BigBen Francia vendía directamente estos accesorios compatibles desde su página web a consumidores de Francia, Bélgica y Luxemburgo. Por otro lado, BigBen Francia vendía estos productos a su filial en Alemania, quien los comercializaba, también, a través de su página web, en Alemania. No obstante, BigBen Alemania no distribuía directamente los productos que comercializaba, ya que no disponía de stock almacenado en Alemania, sino que estos productos eran distribuidos desde Francia bajo pedido realizado por la filial a la matriz. Dicho de otra manera, cada vez que un consumidor hacía un pedido en la página web de BigBen Alemania, ésta solicita el envío del mismo a su matriz (BigBen Francia), quien lo distribuía desde sus almacenes en Francia<sup>1</sup>.

4. Estas conductas descritas podrían parecer inocuas, ya que, *per se*, la fabricación y comercialización de accesorios compatibles (esto es, interoperables) con la citada consola supone una actividad perfectamente legítima. No obstante, según se manifestó por parte de Nintendo, dichos mandos y accesorios reproducían diseños comunitarios de los que era titular Nintendo. Junto con estas conductas, BigBen Francia y BigBen Alemania reproducían imágenes estos diseños comunitarios en sus páginas web respectivas a efectos publicitarios respecto a estos accesorios comercializados<sup>2</sup>.

5. En vista de estas acciones Nintendo consideró que BigBen Francia y BinBen Alemania infringían sus dibujos comunitarios y tomó la decisión de demandar ante el *Landgericht Düsseldorf* (Tribunal Regional Civil y Penal de Düsseldorf) tanto a BigBen Alemania como a BigBen Francia.

El *Landgericht Düsseldorf* se declaró competente tanto para juzgar a la empresa alemana como a la francesa y declaró la existencia de una infracción por parte ambas respecto a los diseños comunitarios.

<sup>1</sup> STJUE 27 de septiembre de 2017, asuntos acumulados C-24/16 y C-25/16, *Nintendo*, ECLI:EU:C:2017:724, § 23, 24.

<sup>2</sup> STJUE *Nintendo*, § 25.

rios registrados por Nintendo. No obstante, sólo consideró como ilícitas las conductas de explotación de estos diseños en la producción y distribución de productos, desestimando, por tanto, calificar el uso de imágenes de estos diseños a efectos publicitarios como violación del derecho exclusivo.

Por consiguiente, este tribunal condenó ambas empresas a cesar en el uso de los mencionados dibujos y modelos en territorio de la Unión y, además, estimó las pretensiones conexas de Nintendo (transmisión de diversa información, cuentas y documentos en poder de las demandadas en los litigios principales, que se declarara la obligación de indemnizarla, que se ordenara la destrucción y la retirada de los productos controvertidos y la publicación de la sentencia y que se le reembolsaran a Nintendo los honorarios de abogados abonados por ella)<sup>3</sup>.

6. En la decisión tomada por el *Landgericht Düsseldorf* son reseñables, por controvertidos, dos aspectos:

- en primer lugar, respecto a las pretensiones conexas, el tribunal, pese a que limita el alcance material de su decisión a los comportamientos vinculados a los productos controvertidos comercializados desde BigBen Alemania<sup>4</sup>, no limita el alcance territorial de su resolución;
- en segundo lugar, el tribunal considera como derecho aplicable “el del lugar de la infracción”, esto es “*el derecho alemán, el austriaco y el francés*”<sup>5</sup>.

7. Esta sentencia es recurrida ante el *Oberlandesgericht Düsseldorf* (Tribunal Superior Regional Civil y Penal de Düsseldorf), quien plantea las siguientes cuestiones prejudiciales:

“1) *En un procedimiento de reclamación de derechos derivados de un dibujo o modelo comunitario, el tribunal de un Estado miembro cuya competencia en relación con un demandado se fundamenta únicamente en el artículo 79, apartado 1, del (Reglamento n° 6/2002), en relación con el artículo 6, punto 1, del (Reglamento n° 44/2001), debido a que dicho demandado, que reside en otro Estado miembro, suministró al demandado residente en el Estado miembro del tribunal productos que posiblemente infrinjan los derechos de propiedad intelectual, ¿puede ordenar contra el demandado mencionado en primer lugar diligencias que tengan validez en toda la Unión y que no se limiten a las relaciones de suministro en que se fundamenta la competencia?*

2) *¿Debe interpretarse el (Reglamento n° 6/2002), en particular su artículo 20, apartado 1, letra c), en el sentido de que un tercero puede reproducir un dibujo o modelo comunitario con fines comerciales si desea distribuir accesorios para productos del titular conformes con el dibujo o modelo comunitario? Si es así, ¿qué criterios se han de aplicar?*

3) *¿Cómo se ha de determinar el lugar “en el que se haya cometido la infracción” a efectos del artículo 8, apartado 2, del (Reglamento n° 864/2007), en los casos en que el infractor: a) ofrece en un sitio de Internet productos que vulneran un dibujo o modelo comunitario y dicho sitio de Internet está dirigido (también) a otros Estados miembros distintos de aquel en que está establecido el infractor; y b) hace transportar dichos productos a otro Estado miembro distinto de aquel en que está establecido?*

*¿Debe interpretarse el artículo 15, letras a) y g), del mencionado Reglamento en el sentido de que la ley aplicable así determinada se aplica también a los actos de participación de otras personas?”*<sup>6</sup>

8. En definitiva, se plantean al TJUE cuatro cuestiones clave relativas a la configuración transversal de la regulación jurídica del diseño comunitario, que se imbrican en el orden procesal (la competencia judicial de los tribunales de diseños comunitarios en casos de litisconsorcio pasivo respecto a la emisión de resoluciones sobre pretensiones conexas a la principal y el alcance territorial de estas resoluciones; II); en el internacional privado (la ley aplicable en el caso de diferentes conductas infractoras de un diseño comunitario cometidas en distintos Estados Miembros; III) y en la propiedad industrial (la interpretación del límite de cita en el diseño comunitario; IV).

<sup>3</sup> STJUE *Nintendo*, § 26-27.

<sup>4</sup> Por tanto, en el caso de BigBen Francia quedarían comprendidos exclusivamente los productos que distribuyó por indicación de su filial en Alemania y Austria.

<sup>5</sup> STJUE *Nintendo*, § 28.

<sup>6</sup> STJUE *Nintendo*, § 36.

## II. Cuestiones procesales

9. Cómo decíamos en el apartado anterior una de las cuestiones claves es la competencia judicial de los tribunales de diseños comunitarios. En este asunto, se dirime esencialmente si el caso de litisconsorcio pasivo sería posible sólo para aquellas acciones principales ligadas con el litigio en cuestión o si podría extenderse también a pretensiones accesorias a las mismas<sup>7</sup>.

10. Esta cuestión se centra, por tanto, en la interrelación entre dos sistemas normativos diferentes: por un lado, la normativa propia a los diseños comunitarios (Reglamento nº6/2002 del Consejo de 12 de diciembre de 2001, sobre los dibujos y modelos comunitarios, de aquí en adelante, “RDC”<sup>8</sup>) y, por otro, las normas de aplicación general (en el momento de los hechos, el Reglamento (CE) nº 44/2001 del Consejo, de 22 de diciembre de 2000, relativo a la competencia judicial, el reconocimiento y la ejecución de resoluciones judiciales en materia civil y mercantil, de aquí en adelante, “**Reglamento Bruselas I**”).

### 1. Litisconsorcio pasivo

11. Recordemos brevemente, que el RDC establece en su art. 81 que, una serie de acciones sobre las que los tribunales de dibujos y modelos comunitarios<sup>9</sup> tendrán competencia exclusiva, destacándose, entre ellas, las de infracción del diseño comunitario<sup>10</sup>. Los criterios para la consideración de la competencia internacional de estos tribunales quedan recogidos en el art. 82 RDC, donde se intenta abarcar todas las situaciones posibles del espectro. En primer lugar, tendríamos en el apartado 4 del artículo 82 RDC, la atribución competencia a un tribunal de diseños y modelos comunitarios de un Estado miembro en base a los artículos 17 y 18 del “Convenio de ejecución” (así denominado en el RDC el derogado Convenio de Bruselas de 1968<sup>11</sup>): la elección de las partes respecto a un tribunal competente y la comparecencia del demandado ante el tribunal. En segundo lugar, en defecto de sumisión expresa o tácita, tendríamos el foro del domicilio del demandado, si estuviera en alguno de los Estados miembros o, si no se cumple esta condición, el de su establecimiento en la UE. En caso de que no se dieran ninguna de estas circunstancias, se abriría la posibilidad, de utilizar el foro del domicilio o el lugar de establecimiento del demandante (en las mismas condiciones que en el caso anterior). En el caso de que no se pudiera encontrar ningún vínculo de los anteriores, se abriría la posibilidad de entablar el procedimiento “*ante los tribunales del Estado miembro en que tenga su sede la Oficina*”<sup>12</sup>. Esta competencia internacional se refuerza en el apartado 1 del artículo 83 RDC, donde se establece que, en los casos mencionados

<sup>7</sup> Estas pretensiones eran las siguientes: “*transmisión de diversa información, cuentas y documentos en poder de las demandadas en los litigios principales, que se declarara la obligación de indemnizarla, que se ordenara la destrucción y la retirada de los productos controvertidos y la publicación de la sentencia y que se le reembolsaran a Nintendo los honorarios de abogados abonados por ella*”. STJUE Nintendo, §27.

<sup>8</sup> DOCE nº L 3 de 5.1.2002, p. 1. modificado por el reglamento (CE) nº 1891/2006 del Consejo, de 18 de diciembre de 2006, por el que se modifican los Reglamentos (CE) nº 6/2002 y (CE) nº 40/94 para hacer efectiva la adhesión de la Comunidad Europea al Acta de Ginebra del Arreglo de La Haya relativo al Registro internacional de dibujos y modelos industriales (DO CE nº L 386 de 29.12.2006, p. 14).

<sup>9</sup> Art. 80.1 RDC: “*Los Estados miembros designarán en sus territorios respectivos un número tan limitado como sea posible de tribunales nacionales y de primera y segunda instancia (“tribunales de dibujos y modelos comunitarios”), que desempeñarán las funciones que les atribuya el presente Reglamento*”.

<sup>10</sup> No obstante, el apartado a) del artículo 81 establece como requisito para que puedan conocer de estas acciones que las mismas están “*contempladas en la legislación nacional*”. Estos tribunales de diseños comunitarios también tendrán competencia exclusiva según art.81: “*b) sobre las acciones de declaración de inexistencia de infracción con relación a dibujos y modelos comunitarios, si están contempladas en la legislación nacional; c) sobre las acciones de declaración de nulidad de un dibujo o modelo comunitario no registrado; d) sobre las demandas de reconvención para la declaración de nulidad de un dibujo o modelo comunitario interpuestas a raíz de las demandas contempladas en la letra a)*”.

<sup>11</sup> Convenio de competencia judicial y ejecución de sentencias en materia civil y mercantil, firmado en Bruselas el 27 de septiembre de 1968. DO L 299 de 31.12.1972, p. 32. C. Estas provisiones aparecen recogidas en los artículos 23 y 24 de Reglamento (CE) nº 44/2001, y los arts. 25 y 26 del Reglamento (UE) nº 1212/2012 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 (Bruselas I bis).

<sup>12</sup> Esto es, los tribunales de dibujos y modelos españoles por estar en España la sede de la EUIPO.

anteriormente, el tribunal será además “*competente en materia de violaciones cometidas o que puedan cometerse en el territorio de cualquier Estado miembro*”.

Por último, respecto a la competencia internacional se menciona en el apartado 5 del artículo 82 la competencia, en los casos de acciones por infracción o intento de infracción y de las demandas reconventionales, de los tribunales del Estado miembro en el que se hubiera cometido la infracción. No obstante, cómo ha sido subrayado por García Vidal<sup>13</sup>, la competencia internacional de estos tribunales queda limitada en sus efectos, ya que sólo podrán conocer “*sobre las violaciones cometidas o que puedan cometerse en el territorio del Estado miembro en el que se encuentre dicho Tribunal*”<sup>14</sup>.

**12.** El “Convenio de ejecución” señalado con anterioridad, se entiende aplicable a los diseños comunitarios ya que así lo prevé el RDC en su artículo 79, dentro de los límites que tal artículo establece. Por ende, su sucesor el Reglamento Bruselas I, aplicable en el momento de los hechos también lo será.

Respecto a la necesidad de la aplicación de esta norma, hemos de señalar que, en el presente asunto, nos encontramos no sólo con una infracción pluriestatatal y transfronteriza, sino que además, existe una pluralidad de infractores domiciliados en distintos Estados miembros. El RDC plantea la competencia de los tribunales previendo una pluralidad de lugares de comisión de la infracción, pero en ningún momento aporta una solución expresa sobre las competencias en el caso de existencia de varios infractores localizados en distintos Estados miembros implicados en la misma infracción. Es por esto por lo que es necesario recurrir a la norma general donde se establece un foro de vinculación procesal respecto al litisconsorcio pasivo.

Ya el Convenio de Bruselas establecía en su artículo 6.1 que “*si hubiera varios demandados (estos podrían ser demandados) ante el juez del domicilio de cualquiera de ellos*”. Su sucesor, el Reglamento Bruselas I afina este precepto estableciendo en su artículo 6.1 que “*si hubiere varios demandados, (podrían ser demandados) ante el tribunal del domicilio de cualquiera de ellos, siempre que las demandas estuvieren vinculadas entre sí por una relación tan estrecha que sería oportuno tramitarlas y juzgarlas al mismo tiempo a fin de evitar resoluciones que podrían ser inconciliables si los asuntos fueren juzgados separadamente*”<sup>15</sup>. El “quid” de la cuestión radica, por tanto, en establecer la fuerza vinculatoria entre las distintas demandas<sup>16</sup>.

**13.** Cómo señalan Calvo Caravaca y Carrascosa González, para poder hacer uso de este litisconsorcio pasivo, serían necesarios, entre otros, los siguientes requisitos: todos los demandados deben estar domiciliados en Estados miembros; los demandados deben presentar alguna vinculación jurídica previa entre sí y las demandas deben estar estrechamente vinculadas debiendo existir esta vinculación estrecha en el momento de tramitación de las mismas. Además, como recuerda la propia sentencia, es necesario que haya riesgo de una divergencia en las soluciones si las demandas se tratan por separado,

<sup>13</sup> A. GARCÍA VIDAL, “Capítulo 7. El contenido del derecho sobre el diseño comunitario” en A. GARCÍA VIDAL (dir.), *El diseño comunitario. Estudios sobre el Reglamento (CE) núm. 6/2002*, Thomson Reuters Aranzadi, Cizur Menor (Navarra), 2012, p. 443. En el mismo sentido ver, A. BLANCO JIMÉNEZ, “Competencia de los tribunales de dibujos y modelos comunitarios”, en A. BLANCO JIMÉNEZ/ A. CASADO CERVIÑO (aut.), *El Diseño Comunitario: Una Aproximación al Régimen Legal de los Dibujos y Modelos en Europa*, Thomson Reuters Aranzadi, Cizur Menor (Navarra), 2003, pp.174-179; E. MARTÍNEZ GARCÍA, “La organización jurisdiccional en materia de dibujos y modelos industriales” en G. PALAO MORENO, M. E. CLEMENTE (coord.), *El diseño comunitario*, Tirant lo Blanch, Valencia, 2003, pp.275-292.

<sup>14</sup> Este principio es similar al que se aplica en el caso de los litigios sobre marcas de la UE. Cómo señala CARRASCOSA se trata del “*Mosaic Principle*” o “*Mosaikbetrachtung*”, vid. J. CARRASCOSA GONZÁLEZ, “Propiedad intelectual e industrial” en A-L. CALVO CARAVACA/ J. CARRASCOSA GONZÁLEZ (dir.) *Derecho Internacional Privado*, Vol. II, 17ª ed., Comares, Granada, 2017, p. 1389.

<sup>15</sup> El mismo texto se repite en el art.8.1 del actual Reglamento Bruselas I-bis.

<sup>16</sup> Cómo señalan CALVO CARAVACA y CARRASCOSA GONZÁLEZ, comentando el art.8.1 bis, este concepto de “*vinculación entre las demandas*”, copia una solución dada por la STJCE 27 septiembre 1988, en el asunto Kalfelis. (Vid. A-L. CALVO CARAVACA y J. CARRASCOSA GONZÁLEZ, *Litigación internacional en la Unión Europea I: competencia judicial y validez de resoluciones en materia civil y mercantil en la Unión Europea: comentario al Reglamento Bruselas I bis. I*, Thomson Reuters Aranzadi, Cizur Menor (Navarra), 2017). Recordemos que en la parte dispositiva de la STJCE en el asunto Kalfelis se afirmaba que: “*Para aplicar el apartado 1 del artículo 6 del Convenio, entre las distintas demandas formuladas por un mismo demandante contra distintos demandados debe existir un punto de conexión, de tal naturaleza, que exista un interés en que sean resueltas conjuntamente, con el fin de evitar soluciones que pudieran ser contradictorias si los litigios se juzgaran por separado*”. STJ de 27 de septiembre de 1988, asunto 189/87, *Kalfelis*, ECLI:EU:C:1988:459, § 1.



siendo preciso que “*tal divergencia se inscriba en el marco de una misma situación de hecho y de Derecho*”<sup>17</sup>.

14. En el caso en cuestión, tenemos que los requisitos anteriormente mencionados se cumplen ya que ambos demandados se encuentran en Estados miembros (Alemania y Francia), se trata de una sociedad matriz y su filial y las demandas están estrechamente vinculadas ya que existe una misma situación de hecho y de Derecho existente en el momento de tramitación. En cuanto al requisito relativo a la existencia de una misma situación de hecho, el Tribunal remitente entiende (y el TJUE no le contradice) que es suficiente con “*la existencia de las entregas de productos supuestamente infractores llevadas a cabo en un primer momento por BigBen Francia a BigBen Alemania y, en un segundo momento, por ésta a sus clientes*”<sup>18</sup>. Respecto a la situación de Derecho, se entiende acreditada debido a que cómo formula el tribunal remitente: “*debido, en particular, al carácter unitario de los derechos conferidos por un dibujo o modelo comunitario*”<sup>19</sup>.

## 2. Competencia sobre las “pretensiones accesorias” y alcance de la resolución del tribunal en casos de litisconsorcio pasivo

15. Tanto el Abogado General (de aquí en adelante, “AG”) como el TJUE se sirven de los argumentos anteriormente citados para hacer extensiva la competencia del tribunal en este concreto caso de litisconsorcio a las pretensiones accesorias. Esto es, al estar en una misma situación de hecho y de Derecho, no tendría sentido atomizar las decisiones sobre las pretensiones accesorias (especialmente si se trata de medidas coercitivas) atribuyendo la competencia a los tribunales nacionales, ya que se correría el riesgo de que la resolución del tribunal sobre la cuestión principal careciera de efecto disuasorio<sup>20</sup>.

En este caso, además para el TJUE la situación es clara porque estamos ante un derecho de vocación “unitaria”, esto es, un derecho que produce los mismos efectos en el conjunto de la Unión, por lo que “*la circunstancia de que algunos interdictos que pueda adoptar el tribunal competente para garantizar el respeto de este derecho dependan de lo dispuesto en el Derecho nacional carece de pertinencia en lo que atañe a la existencia de una misma situación de Derecho a efectos de la aplicación del artículo 6, punto 1, del Reglamento n° 44/2001*”<sup>21</sup>.

16. Respecto al alcance territorial de estas decisiones, siguiendo también con el mismo razonamiento y aplicando por analogía la interpretación realizada en la jurisprudencia europea sobre las

<sup>17</sup> STJUE *Nintendo*, § 45.

<sup>18</sup> STJUE *Nintendo*, § 50.

<sup>19</sup> STJUE *Nintendo*, § 48.

<sup>20</sup> En este sentido el AG en sus conclusiones (§ 32) hace referencia a sentencias *Nokia* (STJCE de 14 de diciembre de 2006, asunto C-316/05, EU:C:2006:789, § 60), y *DHL Express France* (STJUE de 12 de abril de 2011, C-235/09, EU:C:2011:238, § 57) recordando que “*la prohibición de continuar los actos de violación y las obligaciones accesorias que derivan de ella, deben considerarse en su totalidad, de tal manera que, sin la existencia de medidas coercitivas, que han de adoptar los tribunales para garantizar el cumplimiento de la resolución de prohibición de la infracción adoptada por el tribunal que conoce del asunto, dicha prohibición carecería de efecto disuasorio*”. (Conclusiones del Abogado General Sr. Yves Bot (†), presentadas el 1 de marzo de 2017, ECLI:EU:C:2017:146). En consecuencia, no estaría justificado tratar de forma diferente las pretensiones principales y las pretensiones accesorias.

<sup>21</sup> STJUE *Nintendo*, § 49. Recordemos que, respecto a esta cuestión, los demandados habían pretendido la aplicación de la interpretación dada en la *Roche Nederland* y otros (STJCE de 13 de julio de 2006, asunto C-539/03, *Roche Nederland y otros*, ECLI:EU:C:2006:458). Recordemos que, en ese asunto, los titulares americanos de una patente europea presentaron una demanda de medidas provisionales ante el Rechterbank te s'-Gravenhage Roche Nederland BV, sociedad establecida en los Países Bajos, así como otras ocho sociedades del grupo *Roche*, establecidas respectivamente en Estados Unidos de América, Bélgica, Alemania, Francia, Reino Unido, Suiza, Austria y Suecia. Los demandantes reprochaban a las referidas sociedades haber vulnerado los derechos que les confería la patente de la que eran titulares. Esta supuesta vulneración consistía en la comercialización de kits de dosificación inmunológica en los países en los que están establecidas las sociedades demandada (§ 14). Las sociedades del grupo *Roche* no domiciliadas en los Países Bajos rechazaron la competencia de los tribunales neerlandeses. (§ 15) En este asunto se consideró que no existía ni una misma situación de hecho (ya que los demandados eran diferentes y los actos de violación no eran los mismos, § 27), ni de Derecho (ya que la violación de una patente europea “*ha de examinarse a la luz de la normativa nacional en vigor, en la materia, en cada uno de los Estados para los que se ha concedido*”, § 30-31).

marcas de la UE, el TJUE afirma que estaríamos ante una situación en la que este alcance viene determinado no sólo por la competencia territorial del tribunal, sino también por el ámbito territorial del derecho exclusivo<sup>22</sup>.

17. Respecto a esta cuestión es remarcable la diferencia en la aproximación realizada por el AG y el TJUE. En sus conclusiones el AG se contenta con dar una explicación deductiva derivada de una aplicación amplia de la extensión de los efectos del derecho exclusivo protegido por el diseño: *(no.) “Por otra parte, la protección uniforme, en todo el territorio de la Unión, de los dibujos o modelos comunitarios contra los actos de infracción se vería socavada si las medidas específicas adoptadas a fin de dar cumplimiento a dicha protección carecieran de efecto en todo este territorio y se circunscribieran al territorio en el que radica el órgano jurisdiccional que las adoptó. Los titulares de los dibujos o modelos comunitarios se verían obligados a entablar acciones judiciales ante el tribunal competente de cada Estado miembro, lo que no sólo generaría el riesgo de que se dictasen resoluciones dispares, sino que también supondría un coste significativo para el justiciable”*.<sup>23</sup>

18. Por su parte, el TJUE intenta, primero, una aproximación hermenéutica del texto del RDC, para posteriormente, determinar su aplicación en una situación de litisconsorcio pasivo derivada del art.6.1 de Reglamento Bruselas I.

En primer lugar, recordemos que mencionábamos que el art.83 del RDC establece el alcance de la competencia de los tribunales de diseño comunitarios. Este alcance vendrá determinado en función del foro por el que el tribunal se declare competente. De esta manera si un tribunal fundamenta su competencia en el **foro del domicilio del demandado**, ex. art.82.1 RDC (como sería en este caso, el tribunal alemán respecto a BigBen Alemania), sería competente, ex. art.83.1., “*en materia de violaciones cometidas o que pudieran cometerse en el territorio de cualquier Estado miembro*”. Por otro lado, si fundamentamos la competencia del tribunal en el caso de una acción por infracción en el **lugar de la comisión de la infracción**, ex. art. 82.5, este tribunal sólo será competente, ex. art. 83.2, “*sobre las violaciones cometidas o que puedan cometerse en el territorio del Estado miembro en el que se encuentre dicho Tribunal*”. En principio, podría parecer, pues, que esta sería, en principio la situación respecto a BigBen Francia.

No obstante, cómo vemos en ninguno de estos casos (ni en ninguna otra parte del RDC) se contempla la situación del litisconsorcio pasivo. Es más, en propio art.82.1 se afirma que serán aplicables, ex. art.79 RDC, las disposiciones del Reglamento Bruselas I. Cómo afirma el TJUE, “*no se desprende ni del tenor del artículo 6, punto 1, del Reglamento n° 44/2001 ni de la jurisprudencia del Tribunal de Justicia relativa a éste que los tribunales que conocen legalmente del asunto en virtud de dicho artículo 6, punto 1, tengan a continuación limitada su competencia territorial respecto del demandado que no está domiciliado en el Estado miembro del foro*”<sup>24</sup>. Con lo cual, no sería de aplicación en el caso de BigBen France la limitación del alcance territorial establecida en el art.83.2 RDC, sino que, debido a la interpretación conjunta del 82.1 RDC y del art.6.1 del Reglamento de Bruselas, el alcance de la competencia del tribunal sería la establecida en el art.83.1 RDC (i.e., toda la UE). Dicho de otra manera, en el supuesto de un litisconsorcio pasivo en un caso de infracción de diseño industrial, el tribunal del domicilio de uno de los demandados tiene competencia para dictar las sanciones y medidas con un alcance sobre todo el territorio de la UE sobre otro/s infractor/es domiciliado en otros Estados miembros.

### III. Cuestiones sobre la ley aplicable a las pretensiones accesorias

19. En el presente asunto, cómo ya ha sido mencionado anteriormente, el *Landgericht Düsseldorf* consideró como derecho aplicable a estas pretensiones “el del lugar de la infracción” (por tanto, al haberse cometido varias infracciones serían aplicables respectivamente el derecho alemán, el austriaco y el francés). Se cuestiona, por tanto, al TJUE, la interpretación del criterio *Lex Loci Delicti Commisii*

<sup>22</sup> STJUE *Nintendo*, § 53.

<sup>23</sup> STJUE *Nintendo*, § 34.

<sup>24</sup> STJUE *Nintendo*, § 63.

establecido en el art.8.2 del Reglamento (CE) nº 864/2007 del Parlamento Europeo y del Consejo, de 11 de julio de 2007, relativo a la ley aplicable a las obligaciones extracontractuales (de aquí en adelante, “**Reglamento Roma II**”).

**20.** Recordemos que en este precepto se establece que “(e)n caso de una obligación extracontractual que se derive de una infracción de un derecho de propiedad intelectual comunitario de carácter unitario, **la ley aplicable será la ley del país en el que se haya cometido la infracción para toda cuestión que no esté regulada por el respectivo instrumento comunitario**”. Como afirman Calvo Caravaca y Carrascosa González, esta previsión se establece para obligaciones extracontractuales derivadas de la vulneración de estos derechos calificados como “unitarios” y que no estén resultas por los instrumentos legales de la UE. En estos casos, se regirán por la ley del país en el que se haya cometido la infracción de este derecho inmaterial (*lex loci delictii commissii*)<sup>25</sup>.

**21.** Antes de empezar a analizar la respuesta a esta cuestión prejudicial, es necesario hacer una puntualización respecto la regulación por el RDC sobre la ley aplicable a los diseños industriales. En el RDC se establece en primer lugar ex art.88 como ley aplicable el RDC (1) y siendo de aplicación, para todas las cuestiones no previstas en el RDC, **la legislación nacional del Tribunal de diseños comunitarios que conozca del asunto**, incluidas las normas de Derecho internacional privado –*lex fori*– (2). Por otro lado, encontramos que el tribunal de dibujos y modelos comunitarios puede dictar resoluciones conteniendo “*cualquier orden que imponga otras sanciones apropiadas en las circunstancias previstas por la legislación vigente en el Estado miembro en el que se hayan cometido los actos de infracción o de amenaza de infracción, incluidas las normas de Derecho internacional privado*” - *lex loci delictii commissii* (art.89.1 d/).

**22.** Es remarcable en este punto la diferente aproximación realizada por el AG<sup>26</sup> y el TJUE. El AG propone reformular la cuestión planteada por el órgano jurisdiccional remitente centrándose en la interpretación del art. 89.1 d) en lugar de interpretar directamente el art 8.2 del Reglamento Roma II. Esto supondría, primero, determinar si en la expresión “otras sanciones” tendrían cabida las pretensiones accesorias que se pretenden en el caso Nintendo y, en segundo lugar, sería necesario analizar, para la determinación de la ley aplicable, que criterios que han de tomarse en consideración a fin de determinar el lugar en el que se ha cometido el acto de infracción o de amenaza de infracción<sup>27</sup>. El AG determina que ciertas de estas pretensiones estarían incluidas en el art.88.2 RDC y otras en el art.89.1 d).

Respecto a la ley aplicable, el AG comienza estableciendo que el art.8.2 del Reglamento Roma II no será de aplicación en aquellos casos en los que la cuestión se rija por un instrumento comunitario específico<sup>28</sup>. Según el AG en el asunto Nintendo, para una parte de las pretensiones sería de aplicación el art.89.1 d) que establece expresamente la aplicación de la legislación vigente en el Estado miembro en el que se hayan cometido los actos de infracción o de amenaza de infracción (*lex loci delictii commissii*). Por otro lado, en el caso de las pretensiones que podrían ser incluidas en el art.88.2 RDC, estaríamos a los que establece la legislación nacional, incluidas las normas de derecho internacional privado. En este caso, sería aplicable, pues el art.8.2 del Reglamento Roma II, por lo tanto, la ley aplicable sería también la *lex loci delictii commissii*.

Pero el AG no se queda aquí si no que va a determinar que concreta ley sería aplicable en el caso en cuestión basándose en la interpretación realizada por el TJUE en el caso Coty Germany, en una cuestión derivada de la infracción de una marca de la UE. En esta sentencia el TJUE va a determinar que el concepto de “*territorio [del Estado miembro en que] se hubiere cometido el hecho de [la] violación*”

<sup>25</sup> A-L. CALVO CARAVACA y J. CARRASCOSA GONZÁLEZ, *ob.cit.*, p.1514.

<sup>26</sup> De hecho, la opinión del AG sobre este punto ha sido criticada por considerar su análisis del conflicto de leyes defectuoso (Vid. M. ŚWIERCZYŃSKI/ B. OREZIAK, “Judgment of the Court (Second Chamber) of 27 September 2017 in joined cases C-24/16 and 25/16 in the proceedings Nintendo Co.LTD v. BingBen Interactiva GMHB, BigBenInteractive S.A.”, *Comparative Law Review*, nº24, Nicolais Copernicus University, 2018, pp.331-342).

<sup>27</sup> STJUE *Nintendo*, § 40.

<sup>28</sup> STJUE *Nintendo*, § 53.

*sugiere [...] que este vínculo de conexión se relaciona con un **comportamiento activo del autor de dicha violación**. Por tanto, el vínculo de conexión establecido por esta disposición se refiere al **territorio del Estado miembro en el que se ha producido el hecho que originó o amenazó con originar la violación alegada**, y no al territorio del Estado miembro en el que la mencionada violación produce efectos”.*

En el caso Nintendo, para el AG, el hecho que originó la supuesta infracción es la fabricación de los productos falsificados<sup>29</sup>, por lo tanto, la ley aplicable sería la francesa.

**23.** Esta afirmación tan categórica no va a ser compartida por el TJUE en su sentencia, quien además realiza una aproximación diferente respecto a la cuestión del conflicto de leyes. En este caso, si bien el TJUE también determina que ciertas de las “pretensiones accesorias” encontrarían su amparo en el 89.1 d) RDC y otras en el 88.2 RDC, se establece que estas reglas no regulan estas sanciones y medidas de manera autónoma<sup>30</sup>, con lo cual habremos de estar en ambos casos a lo establecido en el art.8.2 del Reglamento Roma I.

El quid del problema en este caso va a ser la determinación de ese “país de comisión de la infracción”. En este sentido, aunque no la referencia, el TJUE viene adoptar como base la misma solución que se adoptó en el caso Coty Germany de 2014: el concepto de *país de comisión de la infracción* “se refiere al país en el que se encuentra el lugar en el que se ha producido **el hecho generador del daño**”<sup>31</sup>. No obstante, el TJUE va más allá ya que afirma que “(e)n circunstancias en las que se reprochan a un mismo demandado distintos actos de infracción cometidos en diferentes Estados miembros, **para identificar el hecho generador del daño no es preciso referirse a cada acto de infracción reprochado, sino apreciar de manera global el comportamiento de dicho demandado, a efectos de determinar el lugar en el que éste cometió o pudo cometer el acto de infracción inicial, que está en el origen del comportamiento reprochado**”<sup>32</sup>.

Como vemos esta solución matiza y tamiza el criterio enunciado por el AG en sus conclusiones. Además, el TJUE determina, de manera correcta a nuestro juicio, que la infracción de un diseño no sólo viene su utilización no autorizada para la fabricación de productos, sino que puede tratarse de otras conductas como son las oferta, la introducción en el tráfico económico o la importación y exportación<sup>33</sup>. Así el TJUE respondiendo a ciertos de los casos concretos planteados manifiesta lo siguiente:

- Respecto al ofrecimiento a la venta en un sitio internet, se podría considerar como ley aplicable la del lugar “en el que se ha en que se ha iniciado el proceso de publicación de la oferta a la venta por parte de dicho operador en el sitio de su propiedad”<sup>34</sup>.
- Respecto al transporte a un Estado miembro distinto de aquel en el que está establecido el operador de productos que supuestamente infringen derechos protegidos, se plantea que se ha de “apreciar de manera global el comportamiento de dicho demandado, a efectos de determinar el lugar en el que éste cometió o pudo cometer el acto de infracción inicial, que está en el origen del comportamiento reprochado”<sup>35</sup>. En este caso, por ejemplo, si podría tratarse de la ley del lugar de fabricación si esta es la infracción inicial.

#### IV. Cuestiones materiales: El alcance del límite de “cita” en los diseños comunitarios.

**24.** En esta sentencia se aborda por primera vez la determinación del contenido y los límites de un precepto poco utilizado y muy poco estudiado por la doctrina: el límite de cita de los diseños industriales. Este límite aparece reflejado en el apartado c) del art.20 RDC en los siguientes términos: “los actos de

<sup>29</sup> STJUE *Nintendo*, § 67.

<sup>30</sup> STJUE *Nintendo*, § 93.

<sup>31</sup> STJUE de 5 de junio de 2014, asunto C-360/12, *Coty Germany*, ECLI:EU:C:2014:1318, § 31.

<sup>32</sup> STJUE *Nintendo*, § 111.

<sup>33</sup> STJUE *Nintendo*, § 101.

<sup>34</sup> STJUE *Nintendo*, § 108.

<sup>35</sup> STJUE *Nintendo*, § 109.

*reproducción realizados con fines de cita o docentes, siempre que dichos actos sean compatibles con los usos comerciales, no menoscaben la explotación normal del dibujo o modelo y se mencione la fuente”.*

Recordemos que en este caso estamos ante una situación en la que una empresa ha utilizado las imágenes de los productos protegidos por el diseño comunitario para realizar la publicidad de sus propios productos.

## 1. Aprehensión del límite de cita en el caso Nintendo.

25. Al analizar esta cuestión, el TJUE intentar un análisis sistemático de la figura en base a sus elementos integradores. En primer lugar, la cuestión que se debe plantear es si esta reproducción realizada por las demandadas es una reproducción en el sentido del artículo 20.1c), puesto que estamos hablando de una reproducción bidimensional de un diseño<sup>36</sup> que tendrá una representación tridimensional en el espacio. El TJUE considera que esta reproducción bidimensional constituiría en uno de estos actos (§69)<sup>37</sup>.

26. Una vez establecida esta premisa, el TJUE pasa a analizar si estamos ante una de las reproducciones comprendidas en el límite de cita. La interpretación dada por el TJUE es claramente *pro-competidor*, ya que interpreta el límite de una manera extensiva<sup>38</sup>. El punto clave de esta cuestión es la consideración que las actividades de reproducción del art.20.1c) **han de realizarse en el marco de una actividad comercial** (§75). Dentro de estas actividades estarían comprendidas las situaciones que las que una empresa productora de productos compatibles con productos existentes protegidos por un diseño comunitario titularidad de otra empresa reproduce estos últimos (con fines explicativos o demostrativos) al comercializar de manera lícita sus propios productos<sup>39</sup>.

En todo caso, siempre sería necesario el respecto de los tres requisitos establecidos en el propio artículo 20.1 c):

- Compatibilidad de los actos de reproducción con los usos comerciales;
- Inexistencia de perjuicio indebido (sic) para la explotación normal del dibujo debido a tales actos;
- Mención de la fuente.

Respecto al primero de los requisitos el TJUE determina que estaríamos hablando de los usos leales en materia industrial. Respecto al segundo requisito tendríamos que analizar si esta cita *“afecta(a) negativamente a los intereses económicos que el titular de los derechos conferidos por los dibujos o modelos comunitarios podría obtener de una explotación normal de dichos dibujos o modelos”* (§82). Respecto al tercer requisito, el TJUE indica que, al no establecerse un modo preciso en el RDC, sería *“necesario que el tipo de mención elegida a tal fin permita a un consumidor normalmente informado y razonablemente atento y perspicaz identificar fácilmente el origen comercial del producto que corresponde al dibujo o modelo comunitario”*<sup>40</sup>.

27. Si bien el TJUE remite al *Oberlandesgericht Düsseldorf* la valoración final sobre este asunto, en su sentencia esboza dos pinceladas interesantes sobre el sentido probable de la decisión final. En primer lugar, respecto al segundo de los requisitos, manifiesta que el tribunal remitente ya ha indicado

<sup>36</sup> Tengamos en cuenta que en la publicidad se utilizarán fotografías o representaciones similares de los productos protegidos bajo diseño comunitario.

<sup>37</sup> STJUE *Nintendo*, § 69. En este sentido el STJUE se hace eco de la opinión vertida por el AG respecto a esta cuestión. El AG adopta el criterio manifestado por Dominique Kaesmacher y Théodora Stamos sobre una interpretación lo más amplia posible del concepto de reproducción (§73).

<sup>38</sup> También respecto a este supuesto el AG manifiesta que es necesaria una interpretación del concepto de “cita” amplia justificándolo los mismos argumentos que utiliza el tribunal: fomento de la innovación. No obstante, como veremos más adelante, en este caso el AG en su reflexión parece incluir en el derecho de cita otro tipo de conductas, como la creación de productos compatibles (§75) aunque matiza esta afirmación con posterioridad (§77).

<sup>39</sup> STJUE *Nintendo*, § 76.

<sup>40</sup> STJUE *Nintendo*, § 84.

que en este caso se cumple el segundo requisito<sup>41</sup>. En segundo lugar, se indica que, en este caso, los demandados había referenciado dichos diseños mediante la colocación de la marca de la Unión europea titularidad de Nintendo, debiendo el tribunal remitente determinar si la mención es conforme con la materia de marcas y, por ende, (aunque el TJUE no menciona expresamente esta cuestión) con la mención “suficiente” de la fuente del diseño<sup>42</sup>.

## 2. Reflexiones relativas a la interpretación del límite de cita de la sentencia Nintendo

28. La interpretación de este precepto realizada tanto por el AG como por el TJUE en nuestro parecer, no está exenta de crítica. En primer lugar, porque estamos ante una aplicación analógica de la regulación existente en el derecho marcario respecto al uso publicitario de la marca ajena y, no, como se pretende, en una interpretación teleológica del precepto del RDC. En segundo lugar, los contornos que se determinan por el AG y el TJUE respecto a este límite presentan ciertos matices difusos o poco claros.

29. Respecto a la primera de las cuestiones señaladas, hemos de plantearnos el tenor de la redacción del propio límite. Recordemos que el art.20.1 c) establece que “*los actos de reproducción realizados con fines de cita o docentes, siempre que dichos actos sean compatibles con los usos comerciales, no menoscaben la explotación normal del dibujo o modelo y se mencione la fuente*”. Si comparamos este precepto con la regulación existente en otras ramas de la propiedad intelectual “*latu sensu*” (propiedad intelectual y propiedad industrial), encontramos similitudes importantes en el ámbito de la propiedad intelectual (derecho de autor).

En primer lugar, es remarcable que la estructura de la redacción del art.20.1 c) recuerda ampliamente a la de la “regla de los tres pasos”, recogida en el art. 9.2 del Convenio de Berna: “*Se reserva a las legislaciones de los países de la Unión la facultad de permitir la reproducción de dichas obras en determinados casos especiales, con tal que esa reproducción no atente a la explotación normal de la obra ni cause un perjuicio injustificado a los intereses legítimos del autor*”<sup>43</sup>.

Por otro lado, encontramos también en este Convenio, en su artículo 10 la regulación básica del límite de cita<sup>44</sup>. Este límite aparece recogido de una manera más detallada nuestra ley de propiedad intelectual: “*Es lícita la inclusión en una obra propia de fragmentos de obras ajenas de naturaleza escrita, sonora o audiovisual, así como la de obras aisladas de carácter plástico o fotográfico figurativo, siempre que se trate de obras ya divulgadas y su inclusión se realice a título de cita o para su análisis, comentario o juicio crítico. Tal utilización solo podrá realizarse con fines docentes o de investigación, en la medida justificada por el fin de esa incorporación e indicando la fuente y el nombre del autor de la obra utilizada.*”<sup>45</sup>

Vemos que en este caso la limitación de la cita es clara, la misma puede realizarse pero dentro de unos márgenes claramente determinados (fines docentes o de investigación, de manera justificada y citando de manera correcta y completa la fuente).

<sup>41</sup> Ídem.

<sup>42</sup> Este aspecto es mencionado de manera expresa por el AG: “*corresponde al juez nacional determinar si la inclusión de la mención «para Wii» en los embalajes y los anuncios a través de un sitio de Internet en relación con los productos de BigBen Francia satisface este requisito*” (§ 81).

<sup>43</sup> Si bien es cierto que en el texto del art.20.1 c) el enunciado literal es que “*dichos actos sean compatibles con los usos comerciales*” la interpretación dada por el TJUE (aunque extraída de la regulación marcaria) corresponde con el enunciado de la tercera condición contemplada por el art.9.2 de la Convención de Berna, que no se cause un perjuicio injustificado a los intereses legítimos del titular. STJUE Nintendo, §79.

<sup>44</sup> Art. 10 Convenio de Berna; “*1) Son lícitas las citas tomadas de una obra que se haya hecho lícitamente accesible al público, a condición de que se hagan conforme a los usos honrados y en la medida justificada por el fin que se persiga, comprendiéndose las citas de artículos periodísticos y colecciones periódicas bajo la forma de revistas de prensa. (...) 3) Las citas y utilizaciones a que se refieren los párrafos precedentes deberán mencionar la fuente y el nombre del autor; si este nombre figura en la fuente*”.

<sup>45</sup> Párrafo primero del artículo 32.1 del Real Decreto Legislativo 1/1996, de 12 de abril, por el que se aprueba el texto refundido de la Ley de Propiedad Intelectual, regularizando, aclarando y armonizando las disposiciones legales vigentes sobre la materia (de aquí en adelante, “**TRLPI**”).

**30.** Esta regulación del límite de cita por la propiedad intelectual es muy similar a la intencionalidad con la que el art.20.1 c) fue concebido en el Libro Verde sobre el diseño comunitario. Se pretendía que estuvieran permitida la reproducción de los diseños para fines de enseñanza. Ciertamente, en este texto del Libro Verde la excepción aparece con unos límites demasiado estrechos<sup>46</sup>, con lo cual podría resultar comprensible su ampliación a la cita siempre, entendemos dentro de un contexto educativo o científico<sup>47</sup> (esto es de una manera similar a la concepción de este límite en el derecho de autor)<sup>48</sup>.

**31.** Por otro lado, dentro de la propiedad industrial el precepto que más podría asemejarse (y con el que tanto el AG como el TJUE lo han identificado) lo encontramos en la letra c) del apartado 1 del art. 14 de Reglamento de Marca de la Unión Europea (de aquí en adelante “**RMUE**”): “*Una marca de la Unión no permitirá a su titular prohibir a un tercero hacer uso, en el tráfico económico: de la marca de la Unión, a efectos de designar productos o servicios como correspondientes al titular de esa marca o de hacer referencia a los mismos, en particular cuando el uso de esa marca sea necesario para indicar el destino de un producto o de un servicio, en particular como accesorios o piezas de recambio*”.<sup>49,50</sup> Este uso realizado por el tercero deberá ser conforme a las prácticas leales en materia industrial o comercial (art.14.3 RMUE).

Este precepto está especialmente dirigido a la posibilidad de uso de una marca ajena en determinados sectores de actividad o mercados para los que dicha referencia tiene un interés justificado, como son, por ejemplo, **los mercados de accesorios, recambios, mantenimiento o reparación**. En este caso, por un lado, no se dificulta la competencia en mercados conexos al del titular de la marca y, por ende, se facilita una información adecuada para facilitar la elección del consumidor.

**32.** No obstante, la existencia de este límite no justifica cualquier tipo de uso. De hecho, el propio TJUE hace referencia a la sentencia del caso “Gillette” en la que se hace una interpretación bastante restrictiva de este límite. Así en esta sentencia se entiende que “*el uso de la marca ajena por un tercero es necesario para indicar el destino de un producto comercializado por éste cuando dicho uso constituye en la práctica el único modo de proporcionar al público una información comprensible y completa sobre este destino con objeto de mantener el sistema de competencia no falseado en el mercado de este producto*”.

Además de lo anterior, y como decíamos en un momento precedente, este uso ha de adecuarse a los parámetros de lealtad competitiva. Esto supone, como afirma Galán Corona “*que el uso por el tercero de la marca ajena no pueda dar la impresión en el público interesado de que existe un vínculo comercial entre él o sus productos o servicios y el titular de la marca o persona autorizada para utilizarla, o que dicho uso del tercero no suponga un aprovechamiento indebido por éste del carácter distintivo o del renombre de la marca, ni el descrédito o denigración de la marca o la presentación de los productos del tercero como una imitación o réplica de los que la llevan*”.

**33.** Se pueden extrapolar, por tanto, tres requisitos fundamentales que serían aplicables para considerar como permitido el uso tanto de marcas como de diseños comunitarios ajenos:

- el primero sería la necesidad de hacer referencia al derecho de propiedad industrial ajeno por razones justificadas;
- el segundo, comprendería la imposibilidad de proporcionar una información completa al público por otro medio, y

<sup>46</sup> “*Finally it should remain posible to accomplish acts relating to the design for the purpose of teaching design such reproducing the design in a school for designer; which act in the absence of a provision to the contrary wpuld constitute an infringement*”. [http://aei.pitt.edu/1785/1/design\\_gp\\_1.pdf](http://aei.pitt.edu/1785/1/design_gp_1.pdf)

<sup>47</sup> Por ejemplo, la reproducción del diseño para su cita en un libro de texto o en un artículo de investigación.

<sup>48</sup> Sobre esta cuestión se han pronunciado en el mismo sentido, como indica ROSALÍA ESTUPIÑAN, los profesores Musker y Stone. Vid. R. ESTUPIÑAN CÁCERES, “El alcance de la reproducción de diseños comunitarios ajenos hecha con fines de cita. Reflexiones a propósito del caso Nintendo vs BigBen Interactive”, *La Ley mercantil*, N° 43, Wolters Kluwer, 2018, pp.7-8.

<sup>49</sup> Reglamento (UE) 2017/1001 del Parlamento Europeo y del Consejo, de 14 de junio de 2017, sobre la marca de la Unión Europea (Texto pertinente a efectos del EEE). OJ L 154, 16.6.2017, p. 1–99

<sup>50</sup> Un precepto similar lo encontramos en el art. 37 c) de la Ley 17/2001, de 7 de diciembre, de Marcas.

- el tercero, consistiría en la existencia de una clara distinción entre el origen de los productos propios y los del tercero a los que se hace referencia mediante el uso de un derecho de propiedad industrial de su propiedad.

**34.** En el caso en cuestión es cuestionable que se cumplieran los requisitos mencionados, especialmente los dos primeros.

En primer lugar, en el caso en cuestión no se está reproduciendo una imagen de la consola para la que son compatibles dichos objetos, sino que serán reproducidos los diseños de elementos que son sustituibles por los ofertados por un competidor.

En segundo lugar, existen otros medios, distintos a la reproducción del diseño, para poder proporcionar al público una información completa y comprensible de los productos ofertados, por ejemplo, con la mención la marca de la consola (“Nintendo Wii”) e indicando su compatibilidad con la misma y explicando brevemente las características del complemento anunciado<sup>51</sup>.

**35.** Por otro lado, el propio artículo 20.1 c) RDC establece como obligación para poder considerar como legítimo este uso, la necesidad de la citar de la fuente. Este requisito nos vuelve a recordar la configuración del límite de cita e ilustración establecido en las leyes de propiedad intelectual (derecho de autor). Sería necesaria, pues una correcta cita del diseño en cuestión. En nuestra opinión, la referencia a la marca, como sugieren tanto el AG como el TJUE, no nos parece suficiente. En nuestra opinión, no bastaría con hacer referencia al titular del diseño, sino que sería necesario mencionar al autor del mismo, amén de otros elementos adicionales que permitan determinar de una manera completa este origen.

**36.** Por último, y como reflexión complementaria a esta crítica, nos parece que tanto el AG como el TJUE han abordado este problema desde una perspectiva restringida, limitada a la situación, en su opinión, más próxima a esta situación, pero sin tener en cuenta otra de las caras del espectro de protección que puede afectar a un producto: la propiedad intelectual (derecho de autor). Recordemos que un producto protegido por diseño industrial, si es original, puede ser además protegido por derecho de autor<sup>52</sup>. Cómo mencionamos anteriormente, la excepción de cita en el caso del derecho de autor tiene unos contornos muy diferentes a los que se le ha dado a esta excepción por el TJUE en el caso del diseño industrial. ¿Qué pasará, entonces, en aquellos casos en los que un diseño esté protegido por ambas figuras y se utilice en la publicidad por un competidor? Pues que, en este caso, si bien no supondrá una infracción de diseño comunitario (en el caso de que cumpla todos los requisitos mencionados), si lo será de derecho de autor.

## V. Consideraciones finales

**37.** En nuestra opinión, en esta Sentencia el TJUE intenta simplificar situaciones complejas mediante soluciones simplificadoras, con una referencia continua a soluciones ya adoptadas en el derecho marcario de la UE, lo cual, aunque útil en determinadas ocasiones, puede resultar claramente desaconsejable en otras.

<sup>51</sup> En el mismo sentido, S. LOUREDO CASADO, “Los límites al derecho de diseño relacionados con indicaciones de compatibilidad”, *Revista de derecho de la competencia y la distribución*, N° 24, 2019.

<sup>52</sup> Esta doble protección ha sido objeto de una larga tradición jurisprudencial a nivel de la UE, como se recuerda en el *Legal review on industrial design protection in Europe: “La regulación en relación con la “superposición” entre la ley de diseño y los derechos de autor ha sido aclarada por el Tribunal de Justicia en Flos v. Semeraro. Incluso los Estados miembros con barreras hasta ahora infranqueables para la acumulación de los derechos de autor y la protección del diseño han alterado sus enfoques. Se recomienda que cualquier Estado miembro que aún no haya modificado sus leyes, lo haga pronto. Cualquier disparidad que exista a nivel de los Estados miembros con respecto a este tema puede deberse simplemente a inercia legislativa o mala interpretación judicial en esos Estados miembros”*. Traducción propia. (D. PARRILLI Y OTROS, *Legal review on industrial design protection in Europe Under the contract with the Directorate General Internal Market, Industry, Entrepreneurship and SMEs* (MARKT2014/083/D), Comisión Europea, 2017, p.161). Sobre la complementariedad de protecciones, *per alia*, vid. F. CARBAJO CASCÓN, “Bienes inmateriales híbridos y concurrencia de protecciones: formas de tutela de las obras aplicadas a la industria”, *Pe. i.: Revista de propiedad intelectual*, N° 55, 2017, págs. 13-58.



Así, tenemos por una parte, que se clarifica una situación procesal frecuente de una manera práctica y coherente, estableciéndose que en el supuesto de un litisconsorcio pasivo en un caso de infracción de diseño industrial, el tribunal del domicilio de uno de los demandados (siempre que se encuentre sito en un Estado miembro) podrá tener competencia para dictar las sanciones y medidas con un alcance sobre todo el territorio de la UE sobre otro/s infractor/es domiciliado en otros Estados miembros.

Por otra parte, respecto a la ley aplicable a estos casos de infracción de diseño industrial transnacional e intercomunitaria, el TJUE se hace directamente eco de la solución general adoptada por el derecho marcario, en el caso *Coty* (la ley del país en el que se encuentra el lugar en el que se ha producido el hecho generador del daño), aunque ofreciendo dos matizaciones que pueden dar lugar a una pluralidad de interpretaciones. Recordemos que respecto al ofrecimiento a la venta en un sitio internet, el TJUE determina que se podría considerar como ley aplicable *la del lugar en el que se ha iniciado el proceso de publicación de la oferta a la venta por parte de dicho operador en el sitio de su propiedad*. Por otro lado, en el transporte a un Estado miembro distinto de aquel en el que está establecido el operador de productos que supuestamente infringen derechos protegidos, se plantea que se ha de *apreciar de manera global el comportamiento de dicho demandado, a efectos de determinar el lugar en el que éste cometió o pudo cometer el acto de infracción inicial, que está en el origen del comportamiento reprochado*. Si analizamos atentamente estas dos afirmaciones, veremos que ciertos aspectos no han sido suficientemente matizados. Por ejemplo, cuando se habla “del lugar en el que se ha en que se ha iniciado el proceso de publicación de la oferta a la venta”, ¿qué pasaría en los casos en los que el administrador de la página web se encuentra en un Estado miembro (o no) diferente del aquel del domicilio del infractor? o ¿qué pasaría en el caso de que el sitio “no sea de su propiedad” porque se trate, por ejemplo, de una plataforma propiedad de un tercero?. Y, en el segundo supuesto planteado, en un caso como el de Nintendo, ¿cuál sería el origen del comportamiento reprochado? ¿La fabricación o el permiso o el mandato dado a la filial para la venta por medio de Internet de los productos? A nuestro entender, al entrar el TJUE a analizar dos conductas concretas, estas cuestiones habría debido ser tenidas en cuenta, para aportar soluciones que, sin llegar al determinismo del AG en sus conclusiones, estuvieran menos sujetas a la especulación.

Por último, respecto a la interpretación del límite de cita en el diseño comunitario, nos parece que el TJUE ha simplificado en demasía su razonamiento, obviando una cuestión clave en la protección de los diseños, como es la de la potencial protección complementaria por propiedad intelectual (derecho de autor). Teniendo en cuenta que ya existía una solución en el derecho marcario que puede aplicarse en las situaciones enunciadas y que se puede complementar con explicaciones adicionales para que el consumidor pueda tener toda la información necesaria, nos parece, por consiguiente, que la solución aportada es contraria al principio de interpretación estricta de los límites de la propiedad intelectual e incongruente con la posibilidad de la aplicación cumulativa sobre los diseños de la protección por diseño comunitario y por derecho de autor. A nuestro entender, el TJUE habría podido salvar esta cuestión haciendo una interpretación más estricta de esta excepción y más coherente con el sentido primigenio de la misma.

PENSIÓN DE VIUDEDAD Y CONVIVENCIA MORE UXORIO:  
PAREJAS DE HECHO “DE DERECHO” Y PAREJAS  
DE HECHO “DE HECHO” (STSJ DE CASTILLA Y LEÓN  
DE 10 DE DICIEMBRE DE 2018)

WIDOW’S PENSION AND COHABITATION MORE UXORIO:  
DOMESTIC PARTNERSHIP AND REGISTERED PARTNERSHIP  
(DECISION OF THE HIGHER COURT OF CASTILLA Y LEÓN  
OF DECEMBER 10, 2018)

PILAR JUÁREZ PÉREZ

*Profesora Titular de Derecho Internacional Privada*  
*Universidad Carlos III de Madrid*  
ORCID ID: 0000-0003-3044-5679

Recibido: 17.06.2019 / Aceptado: 11.07.2019

DOI: <https://doi.org/10.20318/cdt.2019.4986>

**Resumen:** Se deniega la pensión de viudedad a una nacional uruguaya que había convivido con un compatriota como pareja de hecho durante veinticinco años y de cuya unión había nacido una hija. El motivo es la no inscripción de la pareja de hecho en el registro ad hoc, ni su formalización en escritura pública, conforme a lo exigido por el artículo 221 LGSS. Sobre la base del artículo 9.1 CC, la demandante alega su condición de extranjera para defender la aplicación de su ordenamiento de origen, que no establece dichos requisitos. El Tribunal rechaza el argumento, anteponiendo el carácter “*ad solemnitatem*” de las mencionadas exigencias, que las eleva a la categoría de requisitos constitutivos de la pareja de hecho. Precisamente sobre este carácter constitutivo se sustenta la distinción, a efectos de Seguridad Social, entre parejas de hecho “de derecho” y parejas de hecho “de hecho”.

**Palabras clave:** pensión de viudedad, Derecho internacional privado, uniones/parejas de hecho, inscripción registral, documento notarial.

**Abstract:** A Uruguayan national is denied the widow’s pension due to dead of her co-habiting partner, also Uruguayan. They have been living together during twenty five years, and they had daughter, who was born in Uruguay. The partnership was not registered neither was certified in a public deed, as required by the Spanish social security legislation in order to be entitled to a survivor’s pension. The applicant seeks the application of her national law, that doesn’t have these requirements. The Court rejects the request considering that these requirements have constitutive nature. This constitutive nature is used by the Spanish courts for distinguishing between unmarried partner formal and unmarried partner factual.

**Keywords:** widow’s pension, private international law, unmarried couples/life partners, registration, notarial deed.

**Sumario:** II. Los antecedentes de hecho de la STSJ de Castilla y León de 10 de diciembre de 2018. II. La convivencia “*more uxorio*”: concepto y regulación. III. Las cuestiones jurídicas objeto de debate. 1. El concepto de pareja de hecho a efectos de la pensión de viudedad 2. La pretensión de flexibilización en aras a la ley personal. 3. Buena fe y legítima confianza. IV. Conclusión: parejas de hecho “de derecho” vs. parejas de hecho “de hecho”.

## I. Los antecedentes de hecho de la STSJ de Castilla y León de 10 de diciembre de 2018

1. Analizamos la Sentencia del Tribunal Superior de Justicia de Castilla y León (Sala de lo Social, Sección 1ª) núm. 2081/2018, de 10 de diciembre<sup>1</sup>, que confirmó en suplicación la negativa del Juzgado de lo Social nº 1 de León a reconocer el derecho a la pensión de viudedad como consecuencia de una convivencia *more uxorio* no registrada. La sentencia de instancia, dictada el 14 de septiembre de 2017, confirmaba la denegación administrativa previa de dicha prestación, que se sustentaba en no apreciarse la concurrencia de ninguna de las causas que da lugar a la pensión de viudedad.

2. Los hechos que habían dado lugar a la reclamación eran los siguientes: una pareja de nacionalidad uruguaya convive maritalmente durante veinticinco años, primero en su país de origen y posteriormente en España, donde trasladan su residencia y fallece el varón en abril de 2010. De su unión había nacido una hija, también en Uruguay, pero dicha unión nunca fue inscrita en el registro de parejas de hecho de su lugar de residencia ni de su país de origen, ni tampoco formalizada como tal mediante documento notarial.

3. Acaecido el fallecimiento, la mujer solicita la pensión de viudedad ante el Instituto Nacional de la Seguridad Social (INSS), que la deniega por considerar que no se daban los motivos legales que generan el derecho a esta prestación. Confirmada esta negativa por el Juzgado de lo Social, la solicitante presenta recurso de suplicación presentado ante el TSJ de Castilla y León, que vuelve a ratificar las dos denegaciones anteriores, ratificando sus argumentaciones y añadiendo una nueva reflexión, en torno a la INVIABILIDAD de ofrecer un trato legal diferente por la nacionalidad extranjera de los afectados.

## II. La convivencia “*more uxorio*”: concepto y regulación

4. Etimológicamente, la expresión “*more uxorio*” deriva de los vocablos latinos *mos –moris* (costumbre, uso) y *uxor –uxoris* (consorte, cónyuge), designando una forma de convivencia “según la costumbre matrimonial”. En el ordenamiento español este tipo de uniones forman parte del concepto de familia consagrado por el artículo 39 CE, que lo concibe como una realidad social que se constituye voluntariamente mediante la unión de hecho, afectiva y estable, de una pareja<sup>2</sup>. Carentes de una regulación estatal, las uniones o parejas de hecho están sometidas en cada Comunidad Autónoma a una reglamentación específica. *Grosso modo*, de la normativa autonómica y de la profusa jurisprudencia existente en la materia<sup>3</sup> cabe extraer las notas que caracterizan este tipo de uniones: estabilidad, continuidad, exclusividad, afectividad, publicidad y notoriedad<sup>4</sup>.

5. Las normativas autonómicas recogen la definición de la figura y establecen, con mayor o menor extensión, los requisitos para que concurra su estabilidad –*conditio sine qua non* de estas uniones–, la creación de registros *ad hoc* para darle publicidad, y los efectos de su constitución<sup>5</sup>. Entre las escasas previsiones legales de carácter estatal que contemplan a las uniones de hecho encontramos la normativa

<sup>1</sup> JUR\2019\22658.

<sup>2</sup> STC 47/1993, de 8 de febrero RTC 1993\47; y 45/1989, de 20 de febrero (RTC 1989\45).

<sup>3</sup> La STC 184/1990, de 15 de noviembre (RTC 1990\184), define la convivencia *more uxorio* como la constituida por el “*hombre y la mujer que mantienen una unidad de convivencia estable no basada en el matrimonio*”. Por su parte, la STC 6/1993, de 18 de enero (RTC 1993\6), subraya la “estabilidad”, como nota caracterizadora de las uniones convivenciales no matrimoniales.

<sup>4</sup> Sobre estos rasgos, *vid.* F. LLEDÓ YAGÜE, Ó. MONJE BALMASEDA, A.I. HERRÁN ORTIZ, A. GUTIÉRREZ BARRENENGOA, y A. URRUTIA BADIOLA, “La convivencia *more uxorio*”, *Cuaderno Teórico de Bolonia I. Derecho de Familia*, Dykinson, Madrid, 2012, pp. 19-21.

<sup>5</sup> Para J.R. DE VERDA y BEAMONTE, esta diferente regulación “*se traduce en una indeseable dispersión normativa y en una inseguridad jurídica*”, amén de las dudas que sobre su constitucionalidad han planteado algunas de estas legislaciones (“¿Qué es lo que queda de las legislaciones autonómicas sobre las uniones de hecho?”), *Cuestiones de interés jurídico*, 2016, pp. 2-3).

sobre arrendamientos urbanos<sup>6</sup>, cuyo artículo 12 permite mantener la vigencia del contrato en caso de desistimiento de uno de los miembros de la pareja; y la normativa sobre seguridad social, que aquí nos ocupa, respecto de la posibilidad de generar una pensión de viudedad como consecuencia de esta modalidad convivencial.

6. La segunda prerrogativa fue introducida en nuestro ordenamiento por la Ley 40/2007<sup>7</sup>, que puso fin a la tradicional diferencia de trato existente en esta materia entre las parejas casadas y las no casadas. Sin embargo, como veremos seguidamente, la equiparación legal no fue absoluta, exigiéndose a las uniones de hecho requisitos más estrictos para obtener la prestación de viudedad<sup>8</sup>. Del contenido y cumplimiento de dichos requisitos trata la sentencia aquí examinada, que evidencia las complejas cuestiones jurídicas que hoy continúa planteando esta materia, tanto constitucionales, como laborales y de Derecho internacional privado.

### III. Las cuestiones jurídicas objeto de debate

7. En el recurso ante el TSJ de Castilla y León, el debate giró fundamentalmente en torno a tres ejes jurídicos. El primero, el concepto de pareja de hecho a efectos del artículo 221.2 de la Ley General de Seguridad Social (LGSS)<sup>9</sup>, que reconoce la pensión de viudedad en el marco de las parejas de hecho y cuya interpretación enfrentaba a las partes. Éste era el núcleo central del debate, convirtiéndose las dos restantes cuestiones en argumentos con que matizar el primero. Siendo estos argumentos la nacionalidad extranjera de los convivientes y su declarada buena fe, la parte recurrente los invocaba como criterio interpretativo del citado precepto.

8. En puridad, a los hechos eran de aplicación su antecedente, el artículo 174.3 LGSS en su redacción dada por la Ley 40/2007<sup>10</sup>, vigente en el momento del fallecimiento, cuyo tenor literal mantiene el actual artículo 221.1, que es en esencia el siguiente: “*tendrá asimismo derecho a la pensión de viudedad quien se encuentre unido al causante en el momento de su fallecimiento, formando una pareja de hecho (...)*”. A su vez, el apartado 2 del mismo precepto recoge el concepto de pareja de hecho a efectos de esta prestación: “*(...) la constituida, con análoga relación de afectividad a la conyugal, por quienes, no hallándose impedidos para contraer matrimonio, no tengan vínculo matrimonial con otra persona y acrediten, mediante el correspondiente certificado de empadronamiento, una convivencia estable y notoria con carácter inmediato al fallecimiento del causante y con una duración ininterrumpida no inferior a cinco años*”.

#### 1. El concepto de pareja de hecho a efectos de la pensión de viudedad

9. Consagrando así el derecho a percibir la prestación por viudedad de quienes hayan sido convivientes de hecho, la normativa laboral instaura una noción propia de pareja de hecho a estos efectos, además de exigir la concurrencia de determinados requisitos y fijar el mecanismo probatorio de ésta. En concreto, el precepto establece que la prueba de la existencia de la pareja de hecho se realizará “*mediante certificación de la inscripción en alguno de los registros específicos existentes en las comunidades autónomas o ayuntamientos del lugar de residencia o mediante documento público en el que conste la constitución de dicha pareja*”. Además, la formalización de la convivencia de hecho, ya sea mediante

<sup>6</sup> Ley 29/1994, de 24 de noviembre, de Arrendamientos Urbanos (BOE núm. 282, de 25 de noviembre de 1994).

<sup>7</sup> Ley 40/2007, de 4 diciembre, de medidas en materia de Seguridad Social (BOE núm. 291, de 5 de diciembre de 2007).

<sup>8</sup> L. ALLUEVA AZNAR y A. GINÉS Y FABRELLAS, “La dependencia económica como requisito de acceso a la pensión de viudedad en supuestos de separación o divorcio”, *InDret* 1/2015, p. 6.

<sup>9</sup> 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).

<sup>10</sup> Este precepto devino general tras la STC 40/2014, de 11 de marzo (RTC 40/2014), que anuló su párrafo 5º, por dejar la acreditación de la pareja de hecho en manos de la legislación específica de las Comunidades Autónomas.

su inscripción o a través de documento público, debe haberse realizado con una antelación mínima de dos años antes de la fecha de fallecimiento del causante. En el presente caso, al no concurrir dicha formalidad, el debate se orientó hacia la posibilidad de flexibilizar este requisito –hasta el punto de no exigirlo– en atención a la buena fe y nacionalidad extranjera de los interesados.

**10.** Antes de examinar ambas cuestiones, interesa detenerse en este concepto de pareja de hecho a efectos de la pensión de viudedad, que requiere la concurrencia de dos requisitos: una convivencia estable, notoria e ininterrumpida no inferior a cinco años y su constitución formal con una antelación mínima de dos años antes del fallecimiento<sup>11</sup>. Son exigencias cumulativas, simultáneas y diferentes, impidiendo la ausencia de cualquier de ellas el acceso a la prestación<sup>12</sup>.

**11.** Para la jurisprudencia, el primer requisito constituye una cuestión fáctica, que puede ser acreditada a través de distintos mecanismos de prueba –como el empadronamiento–, sin que ninguno de ellos tenga carácter privilegiado<sup>13</sup>. Pero el segundo tiene carácter “*ad solemnitatem*”, puesto que la pareja de hecho constituye un negocio jurídico formal: su inscripción registral o elevación a documento público<sup>14</sup> operan como un modo de constitución jurídica. En este punto cabe citar la STSJ Principado de Asturias (Sala de lo Social, Sección 1ª) núm. 767/2011, de 18 de marzo<sup>15</sup>, que denegó la pensión de viudedad en el caso de una pareja de hecho no inscrita ni recogida en escritura pública, pese a que la normativa foral admite la acreditación de la existencia de una “pareja estable” –en terminología foral– “*a través de cualquier medio de prueba admitido en derecho*”<sup>16</sup>.

**12.** Desde esta perspectiva, tanto el Tribunal Constitucional como el Tribunal Supremo establecen una distinción clave entre parejas de hecho “de derecho” y parejas de hecho “de hecho”<sup>17</sup>. Su consecuencia esencial es reconocer únicamente a las primeras el derecho a la pensión de viudedad, puesto que al exigir la norma el registro o formalización notarial de la pareja, su intención es atribuir la titularidad del derecho “*sólo a las parejas de hecho registradas y no a las genuinas parejas de hecho*”<sup>18</sup>.

**13.** El efecto de esta interpretación es reducir notablemente el concepto de pareja estable o pareja de hecho, dado que excluye a aquellas que no cumplan estos requisitos, aun cuando reúnan años de convivencia y posean otros medios acreditativos de ésta. Una restricción del concepto que el Tribunal Constitucional no considera arbitraria o irracional, puesto que “*el reconocimiento de estas realidades no impone al legislador otorgar un idéntico tratamiento a la convivencia more uxorio acreditada y a la no acreditada*”<sup>19</sup>. La acreditación sólo se admite cuando deriva de los mecanismos probatorios legalmente previstos, que esta doctrina entiende como una garantía de seguridad jurídica. A su juicio, tal exigencia

<sup>11</sup> Con carácter general, se exige un ulterior requisito para acceder a la prestación, cual es la dependencia económica, por lo que quien la reclame deberá acreditar que sus ingresos durante el año anterior al fallecimiento son inferiores al 50 por ciento de la suma de los propios y de los del causante habidos en el mismo periodo. Este porcentaje se reduce al 25 por ciento en caso de que no haya hijos comunes con derecho a la pensión de orfandad. La falta de prueba de este aspecto implica la denegación de la pensión, aun cuando se haya acreditado fehacientemente su existencia y duración conforme a lo legalmente previsto. *Vid.* en este sentido, STSJ Navarra núm. 455/2016, de 30 de septiembre (AS 2016/1622).

<sup>12</sup> STS (Sala de lo Social, Sección 1ª) de 22 de septiembre de 2014 (RJ 2014\5754).

<sup>13</sup> STS (Sala de lo Social, Sección 1ª) de 20 de julio de 2015, (RJ 2015\4327); STSJ Navarra núm. 455/2016, de 30 de septiembre, cit.

<sup>14</sup> STS (Sala de lo Social, Sección 1ª) de 3 de mayo de 2011 (RJ 2011\4507), que en unificación de doctrina resolvió exclusivamente la manera de acreditar la existencia de la pareja de hecho a efectos del artículo 174.3 LGSS: debe hacerse mediante la inscripción de la unión de hecho en el registro específico de la Comunidad Autónoma –no bastando el empadronamiento– o bien a través de documento público, sin que a estos efectos sea documento público hábil el Libro de Familia.

<sup>15</sup> AS 2011\1783.

<sup>16</sup> Artículo 3.3 Ley 4/2002, de 23 de mayo, de Parejas Estables. Comunidad Autónoma del Principado de Asturias (BOPA núm. 125, de 31 de mayo de 2002. BOE núm. 157, de 2 de julio de 2002).

<sup>17</sup> SSTC 40/2014, de 11 de marzo, cit.; 45/2014, de 7 de abril (RTC 45\2014); y 60/2014, de 3 de junio (RTC 60\2014. SSTS (Sala de lo Social, Sección 1ª) de 22 de septiembre de 2014 (RJ 2014\6431, RJ 2014\6809, RJ 2014\5755, RJ 2014\5754, RJ 2014\5752, RJ 2014\5751).

<sup>18</sup> STS de 22 de septiembre de 2014 (RJ 2014\6809).

<sup>19</sup> SSTC 45/2014, de 7 de abril, cit., FJ 3; y 60/2014, de 3 de junio, cit., FJ 3.

de especial acreditación (inscripción o escritura) no vulnera el derecho a la igualdad ante la ley, puesto que tiene una finalidad constitucionalmente legítima, cual es constatar a través de un medio “*idóneo, necesario y proporcionado*” el compromiso de convivencia entre los miembros de la pareja de hecho.

14. Esta interpretación ha encontrado una significativa corriente discrepante en forma de votos particulares y alguna sentencia<sup>20</sup>, que sobre el argumento del tenor literal de la norma rechaza la exigencia de constitución formal para la efectiva percepción de la prestación por viudedad. Esta postura sostiene que donde la ley no diferencia no cabe hacer distinciones, y el concepto legal de pareja de hecho no incluye su especial acreditación. El precepto la define como “*la constituida, con análoga relación de afectividad a la conyugal, por quienes, no hallándose impedidos para contraer matrimonio, no tengan vínculo matrimonial con otra persona*”. El legislador podía haberla delimitado como “la constituida formalmente mediante inscripción”, pero no lo hizo, lo que lleva a interpretar que la ausencia de constitución formal no es motivo para no considerarla pareja de hecho a los efectos del artículo 221 LGSS (antiguo 174 LGSS).

15. En el caso que analizamos, la argumentación de la recurrente trataba de acogerse a esta corriente, minimizando la trascendencia de la inscripción registral de la unión de hecho a efectos de percibir la pensión, pero añadiendo un nuevo argumento: la nacionalidad extranjera de los componentes de la pareja. Como hemos visto, el formalismo puede ser cuestionado por sí solo, sin necesidad de ulteriores circunstancias que puedan hacerle perder eficacia, pero al ser una argumentación novedosa en este ámbito, y con una base jurídica diferente al anterior, merece la pena detenernos en ella.

## 2. La pretensión de flexibilización en aras a la ley personal

16. La recurrente argumentaba que el concepto de pareja de hecho debía delimitarse conforme a la ley personal de los convivientes, originarios de Uruguay. Dicho Estado no posee registro de parejas de hecho, produciéndose la atribución de derechos y obligaciones cuando exista “*una convivencia ininterrumpida de al menos cinco años en unión concubinaria*”<sup>21</sup>. Por tanto, según su ley personal los convivientes reunían los requisitos para ser considerados pareja de hecho, alegando también su buena fe y confianza legítima como consecuencia del cumplimiento de las exigencias legales de su ordenamiento de origen.

17. De este modo la cuestión se traslada al ámbito de la ley personal, que según dispone el artículo 9.1 del Código civil, regula la capacidad, el estado civil, los derechos y deberes de la familia y la sucesión por causa de muerte. Se plantea así el razonamiento de que la constitución de la pareja de hecho forma parte del ámbito material del precepto; una posibilidad que el TSJ rechaza, a nuestro juicio con acierto, pero por las razones equivocadas. La negativa del TSJ se sustenta principalmente en dos motivos: la falta de prueba del derecho uruguayo y el carácter autónomo del concepto de “pareja de hecho” a efectos de Seguridad Social. El primer motivo constituye, en sí mismo, una contradicción con el segundo, pues cabe pensar que aun cuando el derecho uruguayo hubiera sido acreditado por las partes (*ex* artículo 281.2 LEC), el segundo motivo hubiera impedido su aplicación, por cuando el único concepto de pareja de hecho que el Tribunal estima aplicable es el contenido en la legislación española.

18. Por su parte, el carácter autónomo de esta noción tampoco constituye, por sí mismo, un argumento para rechazar la pretendida aplicación de la ley personal, habida cuenta además de lo cuestionado de este concepto por nuestra propia doctrina judicial. Pero, a nuestro juicio, la no aplicabilidad al caso del artículo 9.1 CC debe basarse en otra razón: la no inclusión de las parejas de hecho dentro de su ámbito material. Bien es cierto que a favor de una aplicación analógica de este precepto al caso enjuiciado podría argumentarse el hecho de que la forma de constituir la pareja “*evoca de inmediato a*

<sup>20</sup> En este sentido, *vid.* los votos particulares incluidos en las citadas SSTs de 22 de septiembre de 2014, así como en la STSJ Principado de Asturias de 18 de marzo de 2011, y en la propia STSJ Baleares núm. 306/2014, de 22 de septiembre (JUR 2014\292444), que defiende la no exigencia de dicha formalidad en aras de un “*elemental principio de seguridad jurídica*”.

<sup>21</sup> Artículo 1 Ley N° 18.246, de Unión Concubinaria (D.O. 10 ene/008, N° 27402).

*la de la celebración del matrimonio*”<sup>22</sup>. Sin embargo, el tenor literal de la norma restringe su ámbito al estado civil de la persona, y no es menos cierto que este aspecto no se ve afectado por la constitución de una pareja de hecho.

19. Antes al contrario, es el matrimonio el que modifica el estado civil y de ahí la exigencia de que se inscriba en el Registro Civil cualquier circunstancia atinente al mismo: constitución, suspensión o extinción. Ello deja a la pareja de hecho fuera del ámbito del estado civil, y correlativamente, la excluye del artículo 9.1 CC. Como señalan A. CALVO CARAVACA y J. CARRASCOSA GONZÁLEZ, por lo que al estado civil se refiere, el ámbito operativo real de este precepto se restringe a las siguientes materias: consentimiento matrimonial, mayoría de edad, declaración de ausencia y fallecimiento, sexo de la persona física y emancipación<sup>23</sup>.

20. No resulta, por tanto, admisible la pretendida equiparación de la recurrente con el estado civil matrimonial, de forma que la validez de la pareja de hecho pueda enjuiciarse por su ley personal, en sustitución de la normativa española sobre Seguridad Social. Como sostiene el TSJ, el concepto de pareja de hecho a estos efectos tiene carácter autónomo, y no cabe extraerlo de otra regulación, ya sea de derecho civil común, de derecho foral o de derecho extranjero, al ser “*una noción propia y autosuficiente de la legislación de Seguridad Social*”. En coherencia con ello, no se admiten remisiones a otros cuerpos jurídicos que impliquen diferencias que serían contrarias al principio de igualdad<sup>24</sup>. En el presente caso, aceptar la invocada aplicación del ordenamiento uruguayo supondría una afectación de dicho principio, por cuanto implicaría la no exigencia de la especial acreditación que, de cara a la obtención de la pensión de viudedad, consagra la normativa española *ad hoc*.

21. La negativa del TSJ a sustituir la legislación española por la normativa uruguaya, resultaba previsible, y coherente con la defensa a ultranza del principio de igualdad realizada por el Tribunal Constitucional, que le llevó a anular el párrafo 5º del artículo 174.3 LGSS, por admitir la acreditación de la existencia de la pareja de hecho conforme a las legislaciones forales<sup>25</sup>. Esta diversidad de sistemas probatorios fue declarada inconstitucional bajo la consideración de que el régimen público de Seguridad Social debe ser único y unitario para todos los ciudadanos (art. 41 CE). En coherencia con esta argumentación, no cabía, pues dar entrada a una ley personal –la uruguaya– que en la práctica habría de tener el mismo efecto segregador.

### 3. Buena fe y legítima confianza

22. Junto al anterior argumento, el recurso alegaba la buena fe de los convivientes y su legítima confianza en estar cumplimiento con la legalidad vigente en su país en materia de parejas de hecho, así como su desconocimiento de las consecuencias tan extremas de no haber cumplimentado la exigencia –española– del registro o formalización notarial de su convivencia.

23. Pero el TSJ niega rotundamente que se haya vulnerado el principio de confianza legítima, por cuanto éste ampara al ciudadano que sigue las pautas dadas por la Administración o deducibles a partir de su actuar, evitando la pérdida de derechos u otras consecuencias desfavorables por dicha causa. Es decir, este principio protege a quien, a la hora de actuar o tomar decisiones, “*ha seguido las orientaciones expresa o tácitamente deducibles del actuar de la Administración*”<sup>26</sup>. En consecuencia, declara el

<sup>22</sup> J.M. ESPINAR VICENTE, *El matrimonio, las familias y la protección del menor en el ámbito internacional*, Dykinson, Madrid, 2019, p. 53.

<sup>23</sup> Capítulo IX. Persona física”, *Derecho Internacional Privado*, volumen II, 18ª ed., Comares, Granada, 2018, p. 7.

<sup>24</sup> STC 40/2014, de 11 de marzo, cit.; STS (Sala de lo Social, Sección 1ª) núm. 393/2017, de 4 de mayo (RJ 2017\2570).

<sup>25</sup> STC 40/2014, cit. Respecto a esta decisión, *vid.* R. BERCOVITZ RODRÍGUEZ-CANO, “La pensión de viudedad y las parejas de hecho”, *Revista Doctrinal Aranzadi Civil-Mercantil*, núm. 9/2015, parte Tribuna.

<sup>26</sup> SSTS (Sala de lo Contencioso-Administrativo, Sección 4ª) de 15 abril 2002 (RJ 2002\6497); y de 4 de junio de 2001 (RJ 2002\448).

Tribunal que en el presente caso no cabe considerar que haya habido por parte de la Administración demandada actuación o criterio alguno que pueda permitir invocar razonablemente este principio, “*puesto que en ningún momento resulta que la Administración haya reconocido, ni expresa ni tácitamente, la existencia de la pareja de hecho a efectos de Seguridad Social*”.

24. Con esta decisión, el TSJ sigue la doctrina recogida en la STS (Sala de lo Social) núm. 58/2018, de 25 de enero<sup>27</sup>, respecto a las consecuencias legales de la falta de la inscripción de la pareja en alguno de los registros establecidos al efecto o la constancia de su constitución en documento público<sup>28</sup>. En esencia, esta sentencia viene a ratificar y consolidar su propia jurisprudencia que, acogida por el Tribunal Constitucional<sup>29</sup>, establece que la buena fe no basta para desplazar, hasta hacer inaplicable, la exigencia normativa de formalización de la pareja de hecho mediante los cauces legalmente establecidos.

#### IV. Conclusión: parejas de hecho “de derecho” vs. parejas de hecho “de hecho”

25. La principal consecuencia que cabe extraer de esta decisión del TSJ de Castilla y León es que, hoy por hoy y a efectos de la pensión de viudedad, no existe equiparación legal entre las parejas de hecho registradas o formalizadas notarialmente y las que son meramente fácticas, o han observado trámites distintos a los requeridos por la normativa española sobre Seguridad Social. Para el reconocimiento de la pensión de viudedad, nuestros tribunales han elevado la inscripción registral o la constatación en documento público a la categoría de requisito *ad solemnitatem*.

26. Al trascender el mero carácter formal, su exigencia no puede ser desactivada por circunstancias como la existencia de descendencia, el prolongado tiempo de convivencia, o el uso de formalidades propias de una determinada etnia o de un ordenamiento extranjero. Asimismo, en el presente caso, la pretendida aplicación de la normativa extranjera como ley personal de los convivientes tampoco podía encontrar en el Tribunal eco alguno, puesto que la constitución y efectos de una pareja de hecho no forma parte del ámbito material del invocado artículo 9.1 del Código Civil.

27. En realidad, no es que, como afirma la doctrina judicial española, no exista un tratamiento desigual en las parejas de hecho, reconociéndose ciertas prestaciones a unas sí y a otras no, sino que a efectos de la ley, sólo tienen la consideración de pareja de hecho las que lo son “de derecho”. Una interpretación que viene siendo severamente cuestionada por los propios jueces, como evidencian alguna sentencia discrepante y el significativo número de votos particulares contrarios a ella.

28. Desde aquí compartimos la crítica, y resulta llamativo que pese al escaso interés normativo que han despertado las uniones de hecho en el ordenamiento estatal, una de sus limitadas previsiones legislativas tenga por objeto limitar su acceso a la pensión de viudedad, restringiendo –aquí sí– las regulaciones autonómicas en la materia. Una regulación autonómica a la que, por lo demás, ha entregado plenamente la ordenación de las parejas de hecho. Parece obvio que la unificación de esta diversidad legislativa en este aspecto se explica por la necesidad de repartir los limitados recursos de la Seguridad Social. Así, la homogeneización discurre por un cauce restrictivo, que deja fuera de la pensión de viudedad a numerosas uniones de hecho, cuya existencia y realidad resulta indiscutible, pero que no lo son a efectos de esta prestación.

<sup>27</sup> RJ\2018\515.

<sup>28</sup> Sobre esta cuestión, muy crítico se muestra R. BERCOVITZ RODRÍGUEZ-CANO, que la explica en términos estrictamente económicos: “(...) la necesidad económica inmediata obliga a prescindir de esa diversidad legislativa artificial e innecesariamente creada, en contra de lo razonable. Lo que produce ciertamente la contradicción de que, prescindiendo totalmente de esa diversidad, se decida unitariamente, tanto en criterios de requisitos como en criterios de acreditación (prueba), quiénes son pareja de hecho y quiénes no lo son para cobrar la pensión de viudedad” (“La pensión de viudedad...”, cit. p. 3).

<sup>29</sup> SSTC 40/2014, de 11 de marzo, cit.; 45/2014, de 7 de abril, cit.; y 60/2014, de 5 de mayo, cit.



LA INVISIBLE SITUACIÓN JURÍDICA DE LAS MUJERES PARA  
EL TEDH ANTE LA MATERNIDAD SUBROGADA  
EN LA PRIMERA OPINIÓN CONSULTIVA  
DEL PROTOCOLO N° 16

THE INVISIBLE LEGAL SITUATION OF WOMEN FOR  
THE ECHR TO CROSS BORDER SUBROGATED IN THE FIRST  
ADVISORY OPINION OF PROTOCOL N° 16

GUILLERMO LAZCOZ MORATINOS

*Investigador FPU del Ministerio de Educación y Formación Profesional  
Universidad del País Vasco (UPV/EHU)*

ORCID ID: 0000-0001-6567-045X

ANDER GUTIÉRREZ-SOLANA JOURNOUD

*Profesor Adjunto de Derecho Internacional Público  
Universidad del País Vasco (UPV/EHU)*

ORCID ID: 0000-0003-0823-0962

Recibido: 14.06.2019 / Aceptado: 05.07.2019

DOI: <https://doi.org/10.20318/cdt.2019.5012>

**Resumen:** El TEDH ha inaugurado el procedimiento consultivo enunciado en el Protocolo 16 al CEDH con la emisión de una Opinión Consultiva solicitada por la Cour de Cassation francesa. El TEDH debía afrontar una serie de preguntas sobre los derechos de la mujer contratante de un acuerdo de maternidad subrogada celebrado en el extranjero en lo respectivo a la filiación. Para resolver estas cuestiones era esperable que el TEDH aplicara la perspectiva de género a su labor jurisdiccional, para analizar las consecuencias de la normativa y de su propia jurisprudencia a la luz del derecho antidiscriminatorio, incluso analizando el impacto de estas prácticas sobre las madres gestantes. Sin embargo, el TEDH opta por la vía de la no contestación y la reiteración de doctrina precedente: la obligación de inscribir menores si hay carga genética del hombre contratante y la de encontrar una vía de reconocimiento de la convivencia del menor con la pareja contratante, ignorando el eje de las preguntas formulada por el tribunal francés.

**Palabras clave:** maternidad subrogada internacional, orden público, interés superior del menor, derechos humanos, CEDH.

**Abstract:** The ECHR has opened the consultative procedure enunciated in Protocol 16 to the ECHR with the issuance of an Advisory Opinion requested by the French Cour de Cassation. The ECHR had to face a series of questions on the rights of contracting women of a surrogacy agreement concluded abroad with regard to filiation. To resolve these issues, it was expected that the ECHR applied the gender perspective to its jurisdictional work, to analyze the consequences of the regulations and its own jurisprudence in the light of the anti-discrimination law, including analyzing the impact of these practices on pregnant mothers. However, the ECHR opts for the way of non-contestation and reiteration of precedent doctrine: the obligation to register minors if there is a genetic load of the contracting man and

to find a way to recognize the child's coexistence with the contracting partner, ignoring the object of the questions asked by the French court.

**Keywords:** cross-border surrogacy, public order, best interest of the child, human rights, ECHR.

**Sumario:** I. Introducción. II. El Protocolo nº 16 al Convenio Europeo de Derechos Humanos. III. Las preguntas de la Cour de Cassation al Tribunal Europeo de Derechos Humanos. IV. Antecedentes en la jurisprudencia del TEDH. 1. Menneson c. Francia y Labasee c. Francia (Demandas nº 65192/11 y 65941/11). 2. Paradiso y Campanelli c. Italia (Demanda nº 25358/12). V. Estado de la cuestión en el ordenamiento jurídico español. VI. Análisis jurídico de la opinión consultiva de 10 de abril de 2019. VII. Conclusiones.

## I. Introducción

1. El Tribunal Europeo de Derechos Humanos (TEDH) se ha pronunciado, una vez más, sobre la denominada<sup>1</sup> maternidad subrogada en relación con el Estado francés. En esta ocasión, la iniciativa correspondió al propio Estado, en concreto a la Cour de Cassation que solicitó una opinión consultiva del TEDH, haciendo uso por primera vez del Protocolo nº 16 del Convenio Europeo de Derechos Humanos (en adelante, el Convenio o la CEDH) que inaugura un procedimiento consultivo a medio camino entre la cuestión prejudicial del Derecho de la UE y la clásica institución de la opinión consultiva del derecho internacional. Como veremos, las preguntas formuladas por la Cour de Cassation cristalizaban profundas limitaciones de las respuestas jurídicas aportadas hasta el momento por el TEDH en esta materia, limitaciones que parecen perdurar a pesar de la opinión consultiva emitida por el tribunal.

2. Los ordenamientos jurídicos que no admiten o prohíben expresamente estas prácticas se enfrentan a un *problema básico que es común*<sup>2</sup>; un contrato de gestación por sustitución llevado a cabo en el extranjero – Estado de origen – y que pretende desplegar sus efectos normativos, especialmente los relativos a la filiación del menor nacido en el Estado de origen tras la gestación llevada a término por una mujer, en el Estado de destino del cual son nacionales las parejas que pretenden acceder a la maternidad/paternidad por esta vía. Ejemplo de este problema común han sido las polémicas que, desde la segunda mitad del año dos mil dieciocho, han venido sucediéndose con el Gobierno español en relación con los contratos celebrados en Ucrania y Georgia<sup>3</sup>.

3. Al hilo de la presente introducción, nos parece pertinente rebatir un argumento que ha sido habitualmente esgrimido como solución al problema ante la opinión pública: regular favorablemente la maternidad subrogada en España<sup>4</sup>.

4. Por un lado, gran parte de las parejas de Reino Unido, Australia o Nueva Zelanda, países de origen en los que sí pueden celebrar contratos de gestación por sustitución, siguen tomando la determinación de acudir a terceros países para acceder a estas prácticas, tal y como muestran varios estudios<sup>5</sup>. Sin

<sup>1</sup> Mantendremos por lo general la denominación de “maternidad subrogada” a efectos de unión estilística en referencia a las prácticas que engloban este fenómeno, si bien, para los autores de esta aportación, es un término equívoco que ignora que la maternidad no es un derecho comercializable o disponible pues supone una categoría jurídica cuya adquisición está perfectamente prevista en la legislación española.

<sup>2</sup> S. ÁLVAREZ GONZÁLEZ, ‘Gestación Por Sustitución y Orden Público’, *InDret*, 2, 2017. p. 190

<sup>3</sup> La polémica en prensa: *Decenas de familias españolas, atrapadas en Ucrania con sus bebés de “vientre de alquiler”*. Diario El Mundo, 28 de agosto de 2018. *Varias de las familias españolas en Ucrania contrataron la gestación en una clínica investigada por tráfico de niños*. Diario 20 Minutos, 31 de agosto de 2018. Y más recientemente, *Nueva pesadilla en Kiev: otras 30 familias españolas atrapadas con sus bebés*. Diario El Confidencial, 29 de marzo de 2019.

<sup>4</sup> Es más, la Proposición de Ley reguladora del derecho a la gestación por subrogación presentada por el Grupo Parlamentario Ciudadanos, en su exposición de motivos habla de que estamos ante la mejor solución, la más garantista. BOCG, Congreso de los Diputados, Serie B, nº 145-1, 8 de septiembre de 2017.

<sup>5</sup> K. HORSEY and others, *Myth Busting and Reform Surrogacy in the UK*, 2015; V. JADVA, H. PROSSER, y N. GAMBLE,

ir más lejos, el conocido caso “Gammy” que dio la vuelta al mundo, el bebé tailandés con síndrome de Down abandonado por sus padres de intención australianos<sup>6</sup>. Esta realidad nos lleva a considerar que la situación *de facto* que se produce en Estados prohibicionistas, sigue concurriendo en Estados regulacionistas y, todo ello, a pesar de tener acceso a estas prácticas en su propio país e incluso tener que enfrentarse, en muchos casos, con múltiples obstáculos legales a la hora de reconocer los efectos de la filiación del menor en sus países de origen, y que pueden llegar al extremo de ser objeto de persecución penal<sup>7</sup>.

5. Por otro lado, estas decisiones de los particulares continúan representando riesgos de explotación, denunciados por el Parlamento Europeo<sup>8</sup>, de las funciones reproductivas y la utilización del cuerpo de mujeres en situación de vulnerabilidad con fines financieros, que los Estados de origen no pueden ignorar, por mucho que en su fuero interno determinadas prácticas de maternidad subrogada sean reguladas favorablemente. Así, el pasado noviembre de 2018, el Gobierno australiano manifestó la importancia de proteger el interés superior de los menores, así como la protección de las mujeres gestantes de explotación en prácticas de maternidad subrogada internacional, y que en su acción para el desarrollo de un convenio internacional en el seno de la Conferencia de La Haya los derechos de menores y mujeres gestantes debían considerarse una prioridad<sup>9</sup>. En este sentido, es preciso abordar la cuestión desde una óptica, en primer lugar, de respeto a los principios de los Derechos Humanos, tanto para analizar las consecuencias de este nuevo mercado para las mujeres – sin duda para las madres gestantes, pero también, como se plantea en el objeto de la opinión consultiva ante el TEDH, de las mujeres que pretenden adoptar al bebé una vez nacido – y para los menores.

6. Cabe subrayar, en este sentido y en este momento, que la jurisprudencia del TEDH que suele utilizarse como argumento para proponer la legalización de esta práctica en absoluto invita a regular positivamente la misma, ni supone una validación de esta como práctica conforme al Convenio Europeo de Derechos Humanos –aspecto nunca analizado por el TEDH–, sino que se concentra en analizar las obligaciones de los Estados parte de registrar o no a los menores con la filiación de las personas contratantes del acuerdo de maternidad subrogada en el extranjero.

7. La evidencia sugiere, por tanto, que la solución a esta problemática no está en la regulación interna favorable de estas prácticas, al contrario, independientemente de la postura interna del Estado en cuestión – tanto si es favorable como prohibicionista –, seguiremos necesitando respuestas satisfactorias en materia de Derecho internacional privado (DIPr.) para afrontar los efectos de los contratos celebrados en el extranjero. Lo cual no quiere decir, eso sí, que el DIPr. esté desconectado de los valores materiales del ordenamiento, en particular, la cláusula de orden público internacional está constituida por los principios fundamentales del Derecho español<sup>10</sup>.

<sup>6</sup> ‘Cross-Border and Domestic Surrogacy in the UK Context: An Exploration of Practical and Legal Decision-Making’, *Human Fertility*, 2018, 1–12 <<https://doi.org/10.1080/14647273.2018.1540801>>; I.S. RODINO, S. GOEDEKE, y S. NOWOWEISKI, ‘Motivations and Experiences of Patients Seeking Cross-Border Reproductive Care: The Australian and New Zealand Context’, *Fertility and Sterility*, 102.5 (2014), 1422–31 <<https://doi.org/10.1016/j.fertnstert.2014.07.1252>>.

<sup>7</sup> L.R. SCHOVER, ‘Cross-Border Surrogacy: The Case of Baby Gammy Highlights the Need for Global Agreement on Protections for All Parties’, *Fertility and Sterility*, 102.5 (2014), 1258–59 <<https://doi.org/10.1016/j.fertnstert.2014.08.017>>. p. 1258

<sup>8</sup> RODINO, GOEDEKE, y NOWOWEISKI. *op. cit.* p. 1429

<sup>9</sup> Informe anual sobre los derechos humanos y la democracia en el mundo (2014) y política de la UE al respecto. Resolución del Parlamento Europeo, de 17 de diciembre de 2015, sobre el Informe anual

sobre los derechos humanos y la democracia en el mundo (2014) y la política de la Unión Europea al respecto (2015/2229(INI)). Disponible en: <http://www.europarl.europa.eu/sides/getDoc.do?pubRef=-//EP//NONSGML+TA+P8-TA-2015-0470+0+DOC+PDF+V0//ES>

<sup>10</sup> Australian Government response to the House of Representatives Standing Committee on Social Policy and Legal Affairs report: Surrogacy Matters. Noviembre, 2018. Disponible en: <https://www.ag.gov.au/Publications/Pages/AustralianGovernment-responsetothehouseofrepresentativesstandingcommitteeonsocialpolicyandlegalaffairsreport.aspx>

<sup>11</sup> 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*, 7.2 (2015), 45–113. p. 107

8. En este contexto, las decisiones del TEDH juegan un papel determinante sobre las posibles soluciones jurídicas a esta problemática común – *las autoridades del Estado español deben conocer y respetar la ratio decidendi del TEDH en los significativos casos relativos a contratos de gestación por sustitución*<sup>11</sup> –, lo cual justifica nuestro objeto de estudio. Aunque es evidente que los efectos de una opinión consultiva del Protocolo nº 16 al Convenio Europeo de Derechos Humanos no son equivalentes a los de una sentencia, es igualmente notorio, tal y como justificaremos más adelante, que las preguntas formuladas por la Cour de Cassation son de pleno interés para el ordenamiento jurídico español<sup>12</sup>. Además, dado que estamos ante la primera opinión consultiva sobre la que el TEDH se ha pronunciado haciendo uso de este mecanismo de diálogo interjudicial, tanto la naturaleza de este novedoso instrumento como el precedente histórico marcado por el dictamen, merecen igualmente nuestra atención.

9. En definitiva, sobre este *problema básico que es común*<sup>13</sup>, la finalidad del estudio es poner de manifiesto las dificultades jurídicas a las que se ha enfrentado el TEDH con las preguntas planteadas por la Cour de Cassation, conscientes de que, por un lado, abordar la solución de los problemas que constituyen el objeto del DIPr. desde una perspectiva de género se convierte en una necesidad imperiosa<sup>14</sup> y, por otro lado, que en esta materia ninguna de las soluciones que permite el ordenamiento jurídico es de fácil compatibilidad constitucional<sup>15</sup>.

## II. El Protocolo nº 16 al Convenio Europeo de Derechos Humanos

10. La entrada en vigor el 1 de agosto de 2018 del Protocolo nº 16<sup>16</sup> al Convenio Europeo de Derechos Humanos supuso una importante novación procedimental en el sistema de protección de los Derechos Humanos en el continente europeo. Este instrumento internacional ha supuesto la inclusión de un nuevo mecanismo de diálogo interjudicial entre los altos tribunales de los estados parte en el Convenio.

11. El contenido material del protocolo supone la apertura de un procedimiento consultivo a activar por las altas esferas judiciales designadas por cada Estado parte para la concreción e interpretación, por parte del Tribunal Europeo de Derechos Humanos, de los derechos y libertades reconocidos en la CEDH.<sup>17</sup> En este sentido, la entrada en vigor del mismo supone, para los diez Estados que han manifestado su consentimiento definitivo en obligarse al mismo, la obtención de una vía para la implementación y por tanto perfeccionamiento de los derechos y libertades reconocidos en el Convenio. Así, para HINOJO ROJAS<sup>18</sup>, este instrumento internacional está presidido por cuatro pautas, a saber, la reforma del sistema de protección de Derechos Humanos en el viejo continente, la extensión competencial del propio TEDH, el diálogo entre diferentes tribunales, estatales e internacionales y, por último, la constatación de que el principio de subsidiariedad rige las relaciones entre los Estados parte y las instituciones del Consejo.

<sup>11</sup> D. GARCÍA SAN JOSÉ, ‘La Gestación Por Sustitución y Las Obligaciones Emanadas Para Los Estados Parte En El Convenio Europeo de Derechos Humanos: Repercusiones En El Ordenamiento Jurídico Español’, *Revista Española de Derecho Constitucional*, 113, 2018, 103–30 <<https://doi.org/10.18042/cepc/redc.113.04>>. p. 107

<sup>12</sup> Así, la propia Opinión consultiva subraya en su párrafo 26 *in fine* que un interés secundario de la misma, tras la respuesta a las preguntas, es “surtir a las jurisdicciones nacionales de orientaciones sobre cuestiones de principio relativas a la Convención y aplicables a casos similares”, en ADVISORY OPINION concerning the recognition in domestic law of a legal parent-child relationship between a child born through a gestational surrogacy arrangement abroad and the intended mother. Requested by the French Court of Cassation (Request no. P16-2018-001). Disponible en: <http://hudoc.echr.coe.int/eng?i=003-6380464-8364383>.

<sup>13</sup> ÁLVAREZ GONZÁLEZ. *op. cit.* p. 190

<sup>14</sup> C. VAQUERO LÓPEZ, ‘Mujer, Matrimonio y Maternidad: Cuestiones de Derecho Internacional Privado Desde Una Perspectiva de Género’, *Cuadernos de Derecho Transnacional*, 10.1 (2018), 439–65 <<https://doi.org/https://doi.org/10.20318/cdt.2018.4129>>. p. 465

<sup>15</sup> M.L. BALAGUER, *Hij@s Del Mercado*, Feminismos (Ediciones Cátedra, 2017).

<sup>16</sup> Protocolo nº 16 al Convenio Europeo de derechos Humanos, [https://www.echr.coe.int/Documents/Protocol\\_16\\_ENG.pdf](https://www.echr.coe.int/Documents/Protocol_16_ENG.pdf)

<sup>17</sup> M. HINOJO ROJAS, “El Protocolo nº 16 al Convenio Europeo de Derechos Humanos”, *Anuario Español de Derecho Internacional*, Vol. 34, 2018, p. 676.

<sup>18</sup> *Ibidem*, p. 675.

12. Esta vía consultiva incorporada al Convenio<sup>19</sup> supone una vía intermedia, híbrida, entre los procedimientos consultivos clásicos y propios de las instituciones judiciales internacionales y el más ajustado modelo de la cuestión prejudicial en el ámbito del Derecho de la UE.

13. En efecto, si bien el procedimiento consultivo tradicional para el Derecho internacional es la formulación de consultas al órgano judicial competente por parte de Estados o de órganos de instituciones internacionales –o aquéllos con el *ius representationis* adecuado– para la correcta interpretación de Tratados u otras fuentes de derecho internacional, el régimen previsto en el Protocolo nº 16 se aleja de esta vía –ya considerada, por otra parte, en las posibilidades que tienen los Estados parte de plantear consultas procedimentales al TEDH y enunciados en el artículo 43<sup>20</sup>–.

14. Así, el Protocolo diseña un sistema incoado por un alto tribunal de alguno de los Estados parte, es decir, un tribunal peticionario y emisor de la consulta y un tribunal receptor, internacional, que deberá responder a la cuestión planteada que debía formar parte de un litigio ya en curso ante la jurisdicción del tribunal estatal.

15. En este punto es necesario cuestionarse la posibilidad de la Corte de no responder a las preguntas planteadas por los altos tribunales nacionales o incluso modificar la pregunta hasta el punto de ofrecer respuestas a cuestiones no planteadas. Atendiendo a la literalidad del Protocolo en su artículo 2.2, una vez superado el filtro del Colegio<sup>21</sup> y aceptada la solicitud del Alto Tribunal Nacional, la Gran Sala “emitirá opinión consultiva”. No parece, por tanto, que en la redacción del instrumento se hubiera contemplado la posibilidad de un *non liquet* siendo necesaria la respuesta. Aún existiendo opiniones contrarias a esta posibilidad en base a la discrecionalidad del Tribunal<sup>22</sup>, es más probable que asistamos a formas paralelas de *non liquet* por parte del Tribunal mediante la habitual alusión al “margen de apreciación” del contenido del Convenio de los Estados, tal y como ha realizado ya en procedimientos contenciosos<sup>23</sup>. Como se verá, es esta segunda aproximación por la que se ha inclinado el tribunal en la emisión de su primera opinión consultiva, la no respuesta a la consulta planteada sin negarse de plano a tratar elementos conexos. El procedimiento para esto ha sido la modificación, por el Tribunal, del enunciado de las preguntas a resolver.

16. No existe fundamento jurídico específico alguno que permita directamente en este procedimiento la reformulación por parte del Tribunal de las cuestiones objeto de procedimiento consultivo. Es más, la propia Opinión consultiva de abril de 2019 parece querer subrayar esta imposibilidad cuando afirma que “su rol se limita a ofrecer una opinión en relación con las preguntas que le han sido transmitidas”<sup>24</sup>. En los párrafos siguientes, sin embargo, el tribunal amplía parcialmente esta concreción cuando indica que debe limitar su labor al estudio de los puntos conexos con el litigio principal intentando, además, ofrecer orientaciones generales al resto de jurisdicciones nacionales para su consideración

<sup>19</sup> El contenido del protocolo forma parte, una vez entrado en vigor, del propio Convenio para las partes que han ratificado, interpretándose, en suma, de manera conjunta.

<sup>20</sup> CEDH, artículo 43: Opiniones consultivas 1. El Tribunal podrá emitir opiniones consultivas, a solicitud del Comité de Ministros, acerca de cuestiones jurídicas relativas a la interpretación del Convenio y de sus Protocolos. 2. Estas opiniones no podrán referirse ni a las cuestiones que guarden relación con el contenido o la extensión de los derechos y libertades enunciados en el Título I del Convenio y de sus Protocolos, ni sobre las demás cuestiones de las que el Tribunal o el Comité de Ministros pudieran conocer de resultados de la presentación de un recurso previsto por el Convenio. 3. La decisión del Comité de Ministros de solicitar una opinión al Tribunal se adoptará por mayoría de los representantes con derecho a intervenir en el Comité.

<sup>21</sup> Que sí puede denegar la emisión de la Opinión consultiva de manera motivada. Ver: art. 2.1 Protocolo nº 16 CEDH y art. 93.4 del Reglamento de procedimiento del TEDH.

<sup>22</sup> M. HINOJO ROJAS, *op. cit.* p. 699

<sup>23</sup> D. MORONDO TARAMUNDI, “Abuso y aporías en el conflicto de derechos a no sufrir discriminación” *Cuadernos Europeos de Filosofía de Derecho*, nº 28, 2013, pp. 185-186

<sup>24</sup> ADVISORY OPINION concerning the recognition in domestic law of a legal parent-child relationship between a child born through a gestational surrogacy arrangement abroad and the intended mother. Requested by the French Court of Cassation (Request no. P16-2018-001), par 25. Disponible en: <http://hudoc.echr.coe.int/eng?i=003-6380464-8364383>.

en casos similares<sup>25</sup> para, como se observará, terminar formulando de nuevo las preguntas y condicionando la respuesta. Cabe preguntarse, en este sentido, la repercusión de esta competencia auto incorporada, la de modificar las preguntas recibidas desde los tribunales nacionales en un proceso consultivo<sup>26</sup>. Recuérdese que este tipo de modificación de las preguntas las realizó la Corte Internacional de Justicia al resolver su polémico Dictamen consultivo sobre la independencia de Kosovo, alterando la titularidad de la declaración de independencia respecto a la pregunta formulada por la Asamblea General ONU así como el sentido –de negativo a positivo– de la pregunta respecto al respeto o violación del Derecho Internacional. Esta decisión del tribunal fue muy criticada tanto por los votos particulares como por una parte importante de la doctrina habida cuenta de la evidencia que aquella modificación condicionó y alteró el resultado final de la Opinión Consultiva<sup>27</sup>. Con este precedente, y volviendo al caso que aquí ocupa, no parece sensato ni neutro considerar que el tribunal europeo conoce mejor que el nacional el asunto en cuestión como para reformular la consulta en los términos que él considere. Obviamente, el tribunal proponente ha redactado la pregunta atendiendo a sus necesidades de interpretación del Convenio por lo que esta técnica puede ser una forma velada de aplicar un *non liquet* por parte del TEDH. Queda por analizar las razones últimas, no explícitas en el dictamen, por las que el TEDH ha modificado las preguntas formuladas por la *Cour de Cassation* francesa.

17. Al margen de esto, nótese en cualquier caso que no se dibuja una fórmula clásica de opinión consultiva y que la acción del tribunal petionario en el marco de su labor jurisdiccional en el ámbito del derecho interno parece situar el foco analítico en la analogía con el procedimiento previsto en el Tratado de Funcionamiento de la Unión Europea al regular la conocida cuestión prejudicial<sup>28</sup> que supone la interpretación vinculante del Derecho UE para su aplicación en un litigio ante los tribunales de un Estado miembro. Sin embargo, la opinión consultiva construida sobre el Protocolo n° 16 de la CEDH tampoco encajaría con esta visión, adoptando un camino propio, híbrido e intermedio, pues la respuesta que vaya ofrecer el TEDH no es vinculante<sup>29</sup> para el tribunal petionario y, por tanto, y al menos en el ámbito de la probabilidad, sería posible una respuesta al litigio principal y originario del procedimiento consultivo con una aplicación diferente a la interpretación que la corte europea haya podido formular sobre el contenido, la aplicación y la interpretación de los derechos y libertades reconocidos en la Convención, protegiendo la autonomía y la discrecionalidad del juez nacional<sup>30</sup>.

18. Dicho de otra manera, el hecho de que los dictámenes consultivos del TEDH en aplicación del Protocolo n° 16 no sean vinculantes implica necesariamente que no tienen consecuencias directas en el orden jurídico estatal pues no generan obligaciones para los Estados y, por tanto, los resultados directos más evidentes se asemejan a los resultantes de la aplicación del proceso consultivo “normal” del artículo 47 de la CEDH en el que, sin el nacimiento de nuevas obligaciones, surge un contenido *soft law* pues deben los Estados en todo caso, tener en cuenta los pronunciamientos del Tribunal<sup>31</sup>.

19. Ahora bien, sería erróneo considerar el contenido de las opiniones consultivas como meras sugerencias pues el Tribunal es el máximo órgano interpretador del Convenio, tal y como estipula el artículo 32<sup>32</sup>, por tanto, el significado último del artículo 5 del Protocolo no puede hacerse sino en consideración de

<sup>25</sup> *Ibidem*, pars. 25-26.

<sup>26</sup> Recuérdese que esta misma modificación de las preguntas las realizó la Corte Internacional de Justicia

<sup>27</sup> Ver: C. LÓPEZ-JURADO ROMERO DE LA CRUZ, Kosovo ante la Corte Internacional de Justicia: La opinión consultiva de 22 de julio de 2010, Revista Electrónica de estudios Internacionales, vol. 21, 2011, pp. 15-19.

<sup>28</sup> Ver: Tratado de Funcionamiento de la Unión Europea, artículo 267.

<sup>29</sup> Protocolo n° 16 al CEDH, artículo 5: Advisory opinions shall not be binding.

<sup>30</sup> J.J RUIZ RUIZ, “El refuerzo del diálogo entre tribunales y la triple prejudicialidad en la protección de los derechos fundamentales: en torno al Protocolo n° 16 al Convenio Europeo de Derechos Humanos”, *Teoría y Realidad Constitucional*, n° 42, 2018, p. 463

<sup>31</sup> A. PĄPROCKA y M. ZIÓLKOWSKI, “Advisory opinions under Protocol N° 16 to the European Convention on Human Rights”, *European Constitutional Law Review*, 11, 2015, pp. 289-290.

<sup>32</sup> CEDH, artículo 32: Competencia del Tribunal 1. La competencia del Tribunal se extiende a todos los asuntos relativos a la interpretación y aplicación del Convenio y de sus Protocolos que le sean sometidos en las condiciones previstas por los artículos 33, 34, 46 y 47.

y en relación de todo el Convenio. De esta manera, las opiniones consultivas en aplicación del Protocolo nº 16 se configurarán, y la respuesta a la Cour de Cassation del estado francés es la primera oportunidad en la que hacerlo, como “declaraciones autorizadas del Tribunal sobre el estándar de protección de los derechos y libertades garantizados por la Convención.”<sup>33</sup>. En los términos expresados en esta primera Opinión Consultiva del TEDH “el tribunal no es competente para dedicarse a un análisis de los hechos, ni para analizar la pertinencia de los puntos de vista de las partes relativas a la interpretación del derecho interno a la luz del derecho de la Convención, ni para pronunciarse sobre el resultado del procedimiento”<sup>34</sup> siendo la subsidiariedad el eje sobre el que estructurar este novedoso procedimiento. En este sentido, el posicionamiento del TEDH respecto a una determinada noción no obliga directamente ni resuelve desde luego el fondo del asunto principal pero ciertamente marca el comportamiento esperado, y esperable, de los órganos judiciales estatales pues, en base al principio de subsidiariedad, son ellos los destinatarios de la función de garantía del efectivo disfrute de los derechos y libertades enunciados en la Convención.

**20.** Así, las respuestas que ofrece TEDH en este procedimiento consultivo son una contestación dirigida a la Cour de Cassation francesa pero la extensión de su impacto puede superar, en mucho, los límites territoriales de la República francesa. En efecto, la plasmación de la interpretación de la Convención por parte del tribunal debe suponer, y seguro que así se comprobará<sup>35</sup>, una indicación a otros órganos judiciales europeos de cómo resolver el mismo tipo de asuntos, incluso si, como es el caso de España, no forma parte del mecanismo recogido en el Protocolo nº 16. En lo más específico, las respuestas a las preguntas que *infra* analizaremos sobre las consecuencias para las mujeres de las prácticas conocidas como gestación o maternidad subrogada, tendrán un efecto en las decisiones futuras de los tribunales españoles.

**21.** La naturaleza de este tipo de opinión consultiva es conflictiva y, estando ausente la característica de la obligatoriedad directa, puede suponerse que implica más una mera cuestión incidental<sup>36</sup> si bien el objetivo de este procedimiento es considerablemente más ambicioso. Precisamente este mecanismo pretende a largo plazo minimizar la litigiosidad ante el TEDH mediante la respuesta a cuestiones nuevas y que puedan activar numerosos litigios en diferentes Estados<sup>37</sup>. Se pretende una respuesta “pronta y rápida”<sup>38</sup> a través de un procedimiento ágil, garantista y con capacidad de extensión. No se pretende, simplemente, ayudar a resolver la cuestión principal objeto del proceso judicial ante el tribunal peticionario estatal, pues la responsabilidad de la resolución del mismo sigue manteniéndose en su sede, sino que además de colaborar con una solución a aquel conflicto jurídico mediante una correcta aplicación e interpretación de la CEDH se quiere aumentar la producción de jurisprudencia sobre las cuestiones más candentes, clarificando asuntos conexos ante diferentes jurisdicciones<sup>39</sup>.

**22.** De esta manera, la extensión y garantía de los derechos y libertades enunciados en la Convención vienen a ser reforzadas mediante este mecanismo que, lejos de ser intergubernamental, construye e instaura un diálogo entre tribunales estatales e internacionales mediante mecanismos de cooperación

<sup>33</sup> A. PAPROCKA y M. ZIÓLKOWSKI, *op. cit.*, p. 290

<sup>34</sup> ADVISORY OPINION concerning the recognition in domestic law of a legal parent-child relationship between a child born through a gestational surrogacy arrangement abroad and the intended mother. Requested by the French Court of Cassation (Request no. P16-2018-001), par 25. Disponible en: <http://hudoc.echr.coe.int/eng/?i=003-6380464-8364383> (traducción propia)

<sup>35</sup> De hecho, hay indicios para pensar que esta resolución ha podido tener ya influencia en una reciente sentencia del Tribunal Federal de Justicia alemán, Bundesgerichtshof (BGH), por la cual se ha impedido reconocer como madre legal a la madre de intención que había aportado su óvulo en un contrato celebrado en Ucrania en el año 2015, rechazando el reconocimiento de la partida de nacimiento ucraniana donde aparecía consignada la pareja alemana como padres del menor. Dicha resolución refuerza el principio *mater semper certa est*, eso sí, dejando abierta explícitamente la vía de la adopción para acceder a la maternidad. Nota de prensa del BGH (23/04/2019): Rechtliche Mutterschaft der Leihmutter bei Anwendung deutschen Rechts. Disponible en: <https://www.bundesgerichtshof.de/SharedDocs/Pressemitteilungen/DE/2019/2019051.html>

<sup>36</sup> J.J RUIZ RUIZ, *op. cit.*, p. 460

<sup>37</sup> *Ibidem*, pp. 460-462

<sup>38</sup> M. HINOJO ROJAS, *op. cit.* p. 699

<sup>39</sup> A. PAPROCKA y M. ZIÓLKOWSKI, *op. cit.*, pp. 285-287

interjurisdiccional<sup>40</sup> que suponen una suerte de “control concentrado de convencionalidad”<sup>41</sup> al hacer partícipe mediante la legitimación activa para incoar el procedimiento a los Altos tribunales de los Estados parte, de la concreción sobre el sentido y el alcance de las disposiciones del Convenio dándole mayor sentido al principio de subsidiariedad.

23. Esta técnica, en suma, y sin poder abordar aquí todos los interrogantes que podrán plantearse, se construye sobre la convicción de que el sistema europeo de protección de los Derechos Humanos debe mejorarse para tener mayor capacidad de reaccionar ante las nuevas realidades que puedan darse. El primer caso que se ha presentado ante el TEDH para la aplicación del Protocolo n° 16 es, en este sentido revelador: el estudio de las consecuencias jurídicas –y vitales también, precisamente por afectar directamente al núcleo y razón de ser de los regímenes de Derechos Humanos– de estos nuevos contratos mercantiles sobre los cuerpos y las maternidades de las mujeres, sobre las mujeres beneficiarias de esos contratos –pero, ¿menos beneficiarias que los hombres?–, y por supuesto sobre los derechos del no nacido y del recién nacido, deben ser estudiadas a la luz de un ordenamiento garantista internacional, en colaboración con los órganos judiciales estatales. Así, los dictámenes “pueden servir como herramientas para resolver problemas sistémicos que suponen numerosas violaciones de derechos y libertades”<sup>42</sup> como puede ser el caso de los contratos de maternidad subrogada. Esta técnica, en todo caso, pretende servir de garantía en una mejor y más colectiva respuesta a los nuevos desafíos, construida sobre la “disputa discursiva”<sup>43</sup> entre tribunales.

### III. Las preguntas de la Cour de Cassation al Tribunal Europeo de Derechos Humanos

24. Los procedimientos consultivos interjudiciales previstos en el Protocolo n° 16 al CEDH han entrado en vigor para los doce Estados que han manifestado su consentimiento definitivo en obligarse desde que fue depositado el instrumento de ratificación de Francia<sup>44</sup>. Es necesario recordar que el Reino de España siquiera ha manifestado su intención de firmar, mucho menos vincularse definitivamente, dicho Protocolo con la peregrina excusa de que “no existe en la actualidad una opinión favorable a su firma por parte de España (...) considerando que de esa manera se vela mejor por el funcionamiento del sistema de protección de los derechos humanos en las jurisdicciones nacionales”<sup>45</sup>.

25. La entrada en vigor, como se decía, responde a una acción de Francia –de lejos el Estado más grande e importante que se ha incorporado al Protocolo– de dar el impulso definitivo al tratado. Y es también Francia la que, mediante la acción de la Cour de Cassation<sup>46</sup>, inaugura este procedimiento con la formulación de sendas cuestiones al Tribunal Europeo de Derechos Humanos.

26. En este sentido, el TEDH recibía el 16 de octubre de 2018 una solicitud de opinión consultiva proveniente de la Cour de Cassation francesa que, en decisión del 5 de octubre de 2018, decidía

<sup>40</sup> M. HINOJO ROJAS, *op. cit.* p. 686

<sup>41</sup> M. FONDEVILA, “Control de convencionalidad y tutela multinivel de derechos”, *Estudios de Deusto*, Vol. 65/1, Enero-Junio 2017, p. 353

<sup>42</sup> A. PAPROCKA y M. ZIÓLKOWSKI, *op. cit.*, p. 287

<sup>43</sup> J.J. RUIZ RUIZ, *op. cit.* p. 480

<sup>44</sup> La manifestación del consentimiento de Francia cumplió la condición de diez Estados necesarios para su entrada en vigor, el 1 de agosto de 2018. Desde ese momento, otros dos Estados se han sumado al Protocolo. [https://www.coe.int/fr/web/conventions/full-list/-/conventions/treaty/214/signatures?p\\_auth=ElSBaL58](https://www.coe.int/fr/web/conventions/full-list/-/conventions/treaty/214/signatures?p_auth=ElSBaL58) (9 abril 2019)

<sup>45</sup> Respuesta del Gobierno a la pregunta escrita de la senadora de Unidos Podemos D<sup>a</sup> MIREN GORROCHATEGUI con fecha 23 de Octubre de 2018, n° entrada 129.591. Nótese que la respuesta se realiza en octubre de 2018 y es el gobierno de PEDRO SÁNCHEZ el que manifiesta esta opinión, coincidente con las acciones del gobierno pretérito presidido por MARIANO RAJOY.

<sup>46</sup> Órgano judicial elegido, junto al Conseil Constitutionnel y el Conseil d’Etat, por el Estado francés como “alto tribunal” competente para incoar el procedimiento consultivo interjudicial en la Declaración que acompañaba al instrumento de adhesión al Protocolo n° 16, depositado el 12 de abril de 2018. [https://www.coe.int/fr/web/conventions/full-list/-/conventions/treaty/214/declarations?p\\_auth=ElSBaL58&\\_coconventions\\_WAR\\_coeconventionsportlet\\_enVigueur=false&\\_coconventions\\_WAR\\_coeconventionsportlet\\_searchBy=state&\\_coconventions\\_WAR\\_coeconventionsportlet\\_codePays=FRA&\\_coconventions\\_WAR\\_coeconventionsportlet\\_codeNature=3](https://www.coe.int/fr/web/conventions/full-list/-/conventions/treaty/214/declarations?p_auth=ElSBaL58&_coconventions_WAR_coeconventionsportlet_enVigueur=false&_coconventions_WAR_coeconventionsportlet_searchBy=state&_coconventions_WAR_coeconventionsportlet_codePays=FRA&_coconventions_WAR_coeconventionsportlet_codeNature=3)



detener el litigio principal que debía resolver –sobre unos hechos basados en el caso *Menneson*, que abordaremos más adelante– hasta que el TEDH aclarase el contenido, la interpretación y la aplicación del artículo 8, en lo referido al registro y filiación de menores por las mujeres partícipes, en calidad de adquirientes, de un contrato de maternidad subrogada. Específicamente, el alto tribunal francés planteaba dos cuestiones –y media–:

1) *En refusant de transcrire sur les registres de l'état civil l'acte de naissance d'un enfant né à l'étranger à l'issue d'une gestation pour autrui en ce qu'il désigne comme étant sa "mère légale" la "mère d'intention", alors que la transcription de l'acte a été admise en tant qu'il désigne le "père d'intention", père biologique de l'enfant, un Etat-partie excède-t-il la marge d'appréciation dont il dispose au regard de l'article 8 de la Convention de sauvegarde des droits de l'homme et des libertés fondamentales ? A cet égard, y a-t-il lieu de distinguer selon que l'enfant est conçu ou non avec les gamètes de la "mère d'intention" ?*

2) *Dans l'hypothèse d'une réponse positive à l'une des deux questions précédentes, la possibilité pour la mère d'intention d'adopter l'enfant de son conjoint, père biologique, ce qui constitue un mode d'établissement de la filiation à son égard, permet-elle de respecter les exigences de l'article 8 de la Convention ?*

27. Como puede verse, la cuestión pretendía concretar el ámbito y el alcance de la extensión del artículo de la Convención, en relación con las inscripciones de menores surgidos de contratos de gestación subrogada y que, a raíz de una Sentencia del TEDH, están siendo inscritos como hijos/as de los firmantes de contratos incluso en aquellos países donde esta práctica es considerada ilícita, nula o directamente está prohibida. Específicamente, la Cour de Cassation se plantea si un Estado puede denegar, dentro de los límites del artículo 8, la inscripción como madre a la mujer contratante en el país de gestación del bebé, negándose entonces a trasladar el contenido del acta de nacimiento extranjero, aunque admita la transposición de esa misma acta para el padre biológico y también firmante del contrato de gestación subrogada al ser además, padre biológico. Sobre esta misma cuestión, el alto tribunal galo se plantea si es posible diferenciar derechos a la mujer que pretende inscribir en base a la presencia o no de carga genética en el menor. De esta manera, dos son las preguntas que debía resolver en primer lugar el tribunal: la obligación de aceptar el reconocimiento en el extranjero como madre de intención a la mujer contratante y pareja del padre biológico, por una parte; y, sobre esta idea, si existe diferencia en la respuesta a la pregunta anterior en el caso de que la carga genética del bebé sí sea la de la mujer contratante. En este sentido, el tribunal francés pretende que la corte europea especifique el ámbito de su propia jurisprudencia<sup>47</sup> pues es a raíz de ésta de donde surge la obligación de reconocimiento de la filiación de bebés surgidos de prácticas ilícitas para el ordenamiento francés<sup>48</sup>. De esta manera, el tribunal galo parece querer que el TEDH analice las consecuencias de sus propias decisiones y su respeto al principio de igualdad entre hombres y mujeres, cuestión que ha dejado de lado al analizar estas prácticas de “adquisición” de descendencia.

28. Como puede verse, la segunda pregunta, para el caso de que alguna de las respuesta a las primeras cuestiones fuera afirmativa, a saber, que sí pueda un Estado diferenciar entre ambas situaciones, la corte francesa solicita conocer la opinión del TEDH sobre la adecuación al Convenio, y más concretamente al artículo 8<sup>49</sup> del mismo, de la posibilidad de que esta mujer, que no habría visto satis-

<sup>47</sup> El Tribunal Europeo de Derechos Humanos ha dictado las siguientes sentencias en esta materia: Sentencias TEDH de 26 de junio de 2014, caso **Menneson c. Francia (65192/11)** y **Labassee c. Francia (65941/11)**, sentencia TEDH de 27 de enero de 2015 – primera instancia – y sentencia de la Gran Sala TEDH de 24 de enero de 2017 en el caso **Paradiso y Campanelli c. Italia (25358/12)** y sentencias TEDH de 21 de julio de 2016, caso **Foulon c. Francia (9063/14)** y **Bouvet c. Francia (10410/14)**.

<sup>48</sup> Y el español, de hecho.

<sup>49</sup> CEDH, artículo 8: Derecho al respeto a la vida privada y familiar 1. Toda persona tiene derecho al respeto de su vida privada y familiar, de su domicilio y de su correspondencia. 2. No podrá haber injerencia de la autoridad pública en el ejercicio de este derecho sino en tanto en cuanto esta injerencia esté prevista por la ley y constituya una medida que, en una sociedad democrática, sea necesaria para la seguridad nacional, la seguridad pública, el bienestar económico del país, la defensa del orden y la prevención de las infracciones penales, la protección de la salud o de la moral, o la protección de los derechos y las libertades de los demás.

fecha su voluntad de ver trasladado el contenido del acta de nacimiento extranjero, pueda convertirse en madre adoptiva del menor si el padre biológico es su pareja cumpliendo entonces la interpretación jurisprudencial el precepto.

**29.** Tal y como exige el Protocolo<sup>50</sup>, un Colegio de cinco jueces de la Gran Sala debe decidir si se acepta o no la solicitud, valorando tanto la cuestión como la documentación aportada por el tribunal peticionario y analizando los requisitos del artículo 1 del Protocolo.<sup>51</sup> La respuesta del Colegio, en el caso que aquí ocupa, fue rápida –tal y como está previsto en este procedimiento– y aceptó la opinión consultiva el 4 de diciembre de 2018, pasando la cuestión, por tanto, a la consideración de la Gran Sala del TEDH.

**30.** De esta forma, y como puede verse, la tarea a la que se enfrentaba el TEDH no era sencilla. No se trataba de resolver la adecuación al Convenio de las técnicas y contratos que se realizan en las prácticas conocidas como gestación o maternidad subrogada e, incluso, vientres de alquiler. Las cuestiones planteadas son, por una parte, mucho más concretas al abordar la compleja noción de la inscripción y la filiación de menores surgidos de prácticas jurídicas en el extranjero pero, al mismo tiempo, insinúa cuestiones cruciales y mucho más complejas y generales como el respeto a los Derechos Humanos de las madres gestantes y su nulo control por los Estados firmantes de la Convención, la diferencia de trato entre los hombres y mujeres firmantes, en calidad de adquirentes del menor, de contratos de gestación subrogada y, por supuesto, las posibles vías que deben ofrecerse a los menores para el disfrute total de sus derechos reconocidos en la Convención.

**31.** Es ya habitual en el tratamiento del TEDH sobre esta cuestión ignorar la perspectiva de género, a saber, la afectación del derecho y de la acción jurisprudencial a la igualdad. Las preguntas formuladas por el tribunal francés permitían al tribunal “escapar” de la rigidez del procedimiento contencioso y afrontar la crucial cuestión de las consecuencias jurídicas estas prácticas para las mujeres implicadas: madres gestantes y mujeres contratantes.

**32.** La inclusión en la acción de la justicia de la perspectiva de género no es ya una cuestión depositada a la buena voluntad de los órganos judiciales, sino que se está consolidando como una obligación de jueces y juezas. Sobre esta idea, la Estrategia de Igualdad de Género 2018-2023 del propio Consejo de Europa define la cuestión en estos términos: “la igualdad de género conlleva los mismos derechos tanto para mujeres y hombres, y niñas y niños, así como igual visibilidad, empoderamiento, responsabilidad y participación en todos los ámbitos de la vida pública o privada”<sup>52</sup> pero un planteamiento simplemente formal, de enunciado de derechos, no conlleva automáticamente la igualdad material como también ha reconocido la Unión Europea<sup>53</sup>.

**33.** De esta forma, y en relación pacífica con otros instrumentos internacionales que han ido consolidando la obligación de incorporar esta perspectiva a la acción de la justicia<sup>54</sup>, la Estrategia del Consejo de Europa recoge, dentro de las medidas del sexto objetivo estratégico del documento<sup>55</sup> el empeño en la “transversalización de género en todas sus áreas estratégicas... a través de la movilización

<sup>50</sup> Art. 2.1 Protocolo n° 16: Un collège de cinq juges de la Grande Chambre se prononce sur l’acceptation de la demande d’avis consultatif au regard de l’article 1. Tout refus du collège d’accepter la demande est motivé.

<sup>51</sup> M. HINOJO ROJAS, *op. cit.* p. 696

<sup>52</sup> Consejo de Europa, *Estrategia de Igualdad de Género 2018-2023*, aprobada por el Consejo de Ministros en marzo de 2018, p.2 punto 2, <https://rm.coe.int/prems-093718-fra-gender-equality-strategy-2023-web-a5-corrige/16808e0809>

<sup>53</sup> S. JACQUOT, *L’egalité au nom du marché ? Émergence et démantèlement de la politique européenne d’égale entre les hommes et les femmes*, Bruselas, P.I.E. Peter Lang, 2014, pp. 131-132.

<sup>54</sup> A. GUTIÉRREZ-SOLANA, “El uso del pañuelo islámico en el trabajo a la luz de la reciente jurisprudencia del TJUE. ¿Cuestión de discriminación religiosa, por razón de género o de discriminación múltiple?”, *El sistema judicial al servicio de la ciudadanía*, Servicio Editorial de la UPV/EHU y CGPJ, Bilbao, 2019, pp. 100-123.

<sup>55</sup> Consejo de Europa, *Estrategia de Igualdad de Género 2018-2023, Objetivo estratégico 6: Lograr la transversalización de género en todas las políticas y medidas*, punto 70, p 22

y la contribución... del Tribunal Europeo de Derechos Humanos<sup>56</sup> entre otras instituciones. Así, debe entenderse esta indicación, tal y como se desprende de la propia estrategia, en el sentido del pronunciamiento del Consejo Económico y Social de Naciones Unidas cuando formuló la incorporación de la perspectiva de género a las políticas institucionales internacionales: “el proceso de evaluación de las consecuencias para las mujeres y los hombres de cualquier actividad planificada, inclusive las leyes, políticas o programas, en todos los sectores y a todos los niveles. Es una estrategia destinada a hacer que las preocupaciones y experiencias de las mujeres, así como de los hombres, sean un elemento integrante de la elaboración, la aplicación, la supervisión y la evaluación de las políticas y los programas en todas las esferas políticas, económicas y sociales, a fin de que las mujeres y los hombres se beneficien por igual y se impida que se perpetúe la desigualdad. El objetivo final es lograr la igualdad entre los géneros<sup>57</sup>”.

**34.** Las consecuencias de los contratos de maternidad subrogada no pueden analizarse exclusivamente, aun siendo prioritario y primordial, respecto a los derechos de los menores —e incluso es cuestionable que su interés sea siempre favorable al reconocimiento de los efectos de los contratos en materia de filiación—. Una aproximación garantista requiere de un examen holístico de los derechos afectados. Es más que evidente que la práctica habitual de estos comportamientos implican graves deficiencias en la protección y respeto de los Derechos Humanos de las madres gestantes, afectando al núcleo mismo del régimen internacional del Derecho internacional de los Derechos Humanos como es la dignidad. Es también evidente que la aplicación automática de la jurisprudencia del TEDH sobre esta cuestión ha dejado fuera del foco los derechos de la mujer contratante que no aportó carga genética y que su consideración es material y formalmente diferente a la del hombre. El TEDH tenía la oportunidad abierta con las preguntas de la Cour de Cassation de abordar esta práctica no sólo en aplicación del art. 8 del CEDH sino en aplicación concurrente del art. 14 y todo el acervo legal del CE sobre igualdad de mujeres y hombres. Como se verá, no sólo no lo ha hecho, sino que se ha negado, expresamente y mediante la modificación de las preguntas, a responder a las cuestiones que más concretamente señalaban la diferencia de aplicación de la CEDH a padres y madres contratantes.

**35.** Como veremos, en su jurisprudencia el TEDH no legaliza estas prácticas, ni invita a hacerlo, ni tampoco cuestiona en ningún momento su prohibición como contraria al CEDH, y es que estos aspectos no son competencia del tribunal. Sin embargo, la jurisprudencia del TEDH sí ha dejado al margen de su análisis la situación jurídica de la mujer partícipe en estas prácticas y contratos, centrándose exclusivamente en los menores<sup>58</sup>. Ha asumido como cierta, en contradicción con el propio corpus normativo del Consejo de Europa, la igualdad material de hombres y mujeres ignorando las especificidades y la diferente afección del derecho sobre las mujeres habida cuenta de la discriminación estructural a la que son sometidas<sup>59</sup>.

**36.** Una aproximación en aplicación de la perspectiva de género era necesaria toda vez que la filiación obligada por el TEDH respecto a padres biológicos y contratantes no acaba la cuestión de fondo: ¿Es la gestación subrogada una práctica respetuosa con el CEDH en lo referente a las mujeres? ¿Es posible participar de una industria de producción de bebés para familias adineradas respetando el núcleo del régimen internacional de los Derechos Humanos, la dignidad humana? ¿Qué consecuencias, y qué afecciones a sus derechos, tiene para las madres gestantes la separación con su bebé? Si ser parte de este contrato se incluye en la legislación penal de un Estado como un nuevo tipo, cuestión no descartable pues es considerada en algunos ámbitos como una gran violación de DDF<sup>60</sup>, ¿tendría consecuencias

<sup>56</sup> *Ibidem*.

<sup>57</sup> ECOSOC, *Coordinación de Políticas y actividades de los organismo especializados y demás órganos del Sistema de Naciones Unidas*, A/52/3, 18 septiembre 1997 Capítulo VI punto I inc. A

<sup>58</sup> O. SALAZAR BENÍTEZ, *La Gestación Para Otros: Una Reflexión Jurídico-Constitucional Sobre El Conflicto Entre Deseos y Derechos* (Madrid: Dykinson, 2018), pp. 130-132.

<sup>59</sup> O. SALAZAR BENÍTEZ, “La igualdad de género como fundamento y límite de una democracia intercultural” VV.AA. (coords. L. RODRIGUEZ GARCIA y R. ROLDAN TAPIA), *Relaciones interculturales en la diversidad*, 2013, Universidad de Córdoba, Cátedra Intercultural, Córdoba, p. 24

<sup>60</sup> Informe del Comité de Bioética de España sobre los aspectos éticos y jurídicos de la maternidad subrogada. [http://assets.comitedebioetica.es/files/documentacion/es/informe\\_comite\\_bioetica\\_aspectos\\_eticos\\_juridicos\\_maternidad\\_subrogada.pdf](http://assets.comitedebioetica.es/files/documentacion/es/informe_comite_bioetica_aspectos_eticos_juridicos_maternidad_subrogada.pdf)

para la filiación del menor? ¿Debemos asumir que las mujeres que aporten carga de ADN sí podrán registrar, como hacen los hombres en ese caso, su bebé como madre biológica pese a que la legislación nacional considere madre a la mujer que da a luz?

37. Parece, en suma, evidente, que las preguntas que formulaba la Cour de Cassation tenían capacidad de ampliar el ámbito material de estudio y ofrecer una respuesta más útil al conjunto de tribunales de los Estados miembros. Algunas, tal vez no todas, de estas preguntas estaban implícitas en la formulación de la Cour de Cassation. Desgraciadamente, el TEDH ha fallado en su obligación de implementar la perspectiva de género y ha preferido, como veremos, acudir al *non liquet*. Y no es fácil descubrir si esa decisión responde bien a la invisibilización de las situaciones propias de las mujeres ante el derecho, en este caso la maternidad, usando aquél como otro “campo para la opresión”<sup>61</sup>, o a la afección de los estereotipos de género a los propios miembros del tribunal<sup>62</sup>.

#### IV. Antecedentes en la jurisprudencia del TEDH

38. No es objeto de este estudio el análisis pormenorizado de la jurisprudencia del Tribunal Europeo de Derechos Humanos sobre el reconocimiento de filiaciones determinadas en el extranjero en virtud de contratos de gestación por sustitución, sino simplemente resaltar los aspectos que consideramos más relevantes en relación con las preguntas formuladas por la Cour de Cassation ahora, aspectos que extraeremos de las sentencias *Menesson c. Francia* – al hilo del mismo se plantea ahora la cuestión – y *Labasee c. Francia* (26 de junio de 2014) y la sentencia *Paradiso y Campanelli c. Italia* (24 de enero de 2017)<sup>63</sup>.

##### 1. *Menesson c. Francia* y *Labasee c. Francia* (Demandas nº 65192/11 y 65941/11)

39. El TEDH condenó a Francia en ambos casos, los cuales fueron instruidos conjuntamente, porque la Cour de Cassation denegó la inscripción de la filiación de los menores respecto de sus padres y madres de intención así establecida por tribunales estadounidenses – los padres intencionales eran, a su vez, padres biológicos de los menores, mientras que los óvulos procedían de donantes –, entendiendo que el Estado francés había vulnerado el artículo 8 del Convenio<sup>64</sup>.

40. El TEDH distinguió la situación de los padres de la de los hijos. Acerca de los padres de intención, la injerencia sufrida estaría justificada por las razones de orden público invocadas por las

<sup>61</sup> G. NICOLÁS LAZO, “Feminismos, concepto sexo-género y Derecho”, VV.AA., (coords. SÁNCHEZ URRUTIA, A. y PUMAR BELTRÁN, N.), *Análisis feminista del derecho. Teorías, igualdad, interculturalidad y violencia de género*, Barcelona, UBe, 2013, pp. 28-31

<sup>62</sup> C. LOPEZ VÁZQUEZ, *op. cit.* p. 440

<sup>63</sup> El Tribunal Europeo de Derechos Humanos ha dictado las siguientes sentencias en esta materia: Sentencias TEDH de 26 de junio de 2014, caso ***Menesson c. Francia (65192/11)*** y ***Labasee c. Francia (65941/11)***, sentencia TEDH de 27 de enero de 2015 – primera instancia – y sentencia de la Gran Sala TEDH de 24 de enero de 2017 en el caso ***Paradiso y Campanelli c. Italia (25358/12)*** y sentencias TEDH de 21 de julio de 2016, caso ***Foulon c. Francia (9063/14)*** y ***Bouvet c. Francia (10410/14)***. Para un análisis más exhaustivo de dicha jurisprudencia, se recomiendan, entre otros: A.L.CALVO CARAVACA/J.CARRASCOSA GONZÁLEZ *Gestación por sustitución y derecho internacional privado. Más allá del tribunal supremo y del tribunal europeo de derechos humanos*. Cuad Derecho Transnacional. 2015;7(2):45–113; GARCÍA SAN JOSÉ D. *La gestación por sustitución y las obligaciones emanadas para los Estados parte en el Convenio Europeo de Derechos Humanos: repercusiones en el ordenamiento jurídico español*. Rev Española Derecho Const. 2018;(113):103–30; FARNÓS AMORÓS E. *Paradiso y Campanelli c. Italia (II): los casos difíciles crean mal derecho*. Rev Bioética y Derecho Perspect Bioéticas. 2017;(40):231–42. 1; S.VILAR GONZÁLEZ *Las sentencias de 27 de enero de 2015 y de 24 de enero de 2017 del Tribunal Europeo de Derechos Humanos en el caso “Paradiso y Campanelli contra Italia” y la vulneración del derecho a la vida privada y familiar en materia de gestación subrogada*. Rev Derecho y Genoma Humano Genética, Biotecnol y Med Av. 2017;46:235–49.

<sup>64</sup> Tal y como relata GARCÍA SAN JOSÉ (p. 109): *para garantizar el derecho al respeto a la vida privada y familiar, el art. 8 del Convenio Europeo de Derechos Humanos presupone la existencia de una familia, pudiendo ser los vínculos familiares de facto. Esta situación se daba en ambos casos, a juicio del TEDH, pues reconoció que tanto los Menesson como los Labasee se ocuparon de sus hijos como padres desde su nacimiento, viviendo de un modo que en nada se distinguía de la vida familiar en su acepción habitual.*

autoridades francesas, considerando que la decisión del Estado francés no les impidió *de facto* el establecimiento de una vida familiar. Si bien, en tanto los efectos del no reconocimiento de la filiación no afecta únicamente a los padres de intención que decidieron acudir a dicha técnica de reproducción asistida, sino también al menor cuya filiación se pretende en el caso, el respeto por el interés superior del menor debe guiar cualquier decisión que le concierna y limitando así la cláusula de orden público internacional, que no opera como un cheque en blanco<sup>65</sup>. El TEDH entiende que prohibir en sede interna la práctica de la gestación por sustitución es perfectamente válido<sup>66</sup> –y reconoce la falta de consenso europeo sobre esta cuestión–, ahora bien, dicha opción no puede proyectarse sobre la identidad de los menores, parte esencial del respeto por la vida privada de la persona; en dichos casos en particular, denegar el reconocimiento de la filiación determinada por los tribunales estadounidenses en favor de los padres intencionales franceses, que son a su vez padres biológicos, expone a las menores una situación de incertidumbre jurídica que atenta contra su identidad.

41. Es decir, si bien en principio el margen de apreciación del Estado francés era amplio por tratarse de una cuestión sobre la que no existe consenso a nivel europeo, ese margen se ve considerablemente reducido cuando la decisión afecta a la identidad de las menores. Sin olvidar, que también añade que cuando, como en el presente caso, uno de los padres de intención es también el padre biológico del niño, este análisis *adquiere una dimensión especial* [parágrafo 100]. Ha de añadirse que en la ponderación de intereses realizada por el TEDH ni siquiera se plantea que la práctica de la maternidad subrogada haya podido atentar contra derechos fundamentales de la mujer que ha gestado –ésta directamente desaparece del conflicto–<sup>67</sup>.

## 2. Paradiso y Campanelli c. Italia (Demanda nº 25358/12)

42. No deja de ser cierto que las preguntas de la Cour de Cassation parten del supuesto de una acreditada relación biológica entre el padre de intención y el menor, cuestión que no concurre en el caso Paradiso y Campanelli c. Italia, distinción sobre la que traza una diferencia significativa el TEDH.

43. Este caso fue resuelto en una doble instancia por el tribunal, con pronunciamiento final de la gran sala el pasado 24 de enero de 2017. Los antecedentes relatan que un matrimonio italiano acude a una agencia rusa para celebrar un acuerdo de gestación por sustitución, la fecundación in vitro se lleva a cabo con los gametos de dos donantes, cuestión a la que la ley rusa no se oponía expresamente<sup>68</sup>. A su regreso a Italia no solo se niega el reconocimiento de la filiación conforme a la ley rusa, también son perseguidos por alteración de estado civil y por incumplir la legislación italiana e internacional sobre adopción, y los menores son entregados en adopción.

44. Acerca de la existencia o no de vida familiar *de facto*, el TEDH entiende que la inexistencia de un vínculo biológico entre el niño y los padres de intención, la corta duración de la relación con el niño y la incertidumbre de los vínculos desde el punto de vista jurídico, no se cumplen los requisitos para considerar la existencia de tal vida familiar protegida por el artículo 8 del CEDH [parágrafo 157]. En relación con la afectación de la vida privada del menor, el tribunal europeo valora cómo han ponderado las autoridades italianas el interés superior del menor en el caso concreto, considerando que toman una di-

<sup>65</sup> CALVO CARAVACA y CARRASCOSA GONZÁLEZ. *op. cit.* p. 97

<sup>66</sup> R. ANDORNO, 'Intercountry Surrogacy and the Best Interest of the Child', en *Debatendo a Procriação Medicamente Assistida* (Porto: Faculty of Law of the University of Porto, 2018), pp. 127–36 <<https://www.cije.up.pt/news/e-book-debatendo-procriacao-medicamente-assistida>>. p.133

<sup>67</sup> SALAZAR BENÍTEZ. *op. cit.* p. 131

<sup>68</sup> Parágrafo 144: *However, the wording of the provisions of Russian law applicable on 27 February 2011, the date of the child's birth, and on 10 March 2011, the date on which the applicants were registered as parents in Moscow, seems to confirm the applicants' argument before the Court that the existence of a biological tie between the child and the intended parents was not explicitly required under Russian law at the relevant time (see paragraphs 73-74 and 107 above). In addition, the certificate in question merely indicates that the applicants were the "parents", without specifying whether they were the biological parents (see paragraph 16 above).*

ficil decisión entre mantener al menor con los recurrentes y perpetuar la relación ilegal que habían establecido o separar al menor de los recurrentes conforme a la legislación de adopción. El tribunal italiano evalúa la situación particular del menor y entiende que la separación, dado que no llegaron a transcurrir ni 6 meses al cuidado del menor, no causaría graves e irreparables perjuicios al menor que sería adoptado conforme a las leyes garantistas que amparan la institución de la adopción. El TEDH considera que esta decisión es conforme al interés superior del menor, considerando legítima conforme al Convenio la actuación de las autoridades italianas. Respecto del caso *Menesson*, como hemos apuntado, el TEDH traza una diferencia significativa por la inexistencia de vínculo biológico, lo que amplía el margen de apreciación del Estado para denegar la filiación a favor de los padres de intención [párrafo 195].

45. Tras dicha sentencia, parece difícil sostener que, en todo caso, responde al interés superior del menor el reconocimiento de la filiación establecida conforme al Derecho extranjero por razón al principio de la “identidad única”, como criterio superior y absoluto, exigiéndose por tanto un análisis casuístico sobre la ponderación de todas las circunstancias concurrentes en cada caso concreto<sup>69</sup>. La sentencia dejó lugar igualmente a algunas críticas, que señalaron que sigue habiendo dudas sobre las consecuencias del no reconocimiento de la relación de parentesco y las técnicas alternativas para establecerla en ese contexto y su compatibilidad con la CEDH – crítica que parece acertada vistas las preguntas de la Cour –, a lo que se añadía el riesgo de que el TEDH se convirtiese en un *juez de cuarta instancia*<sup>70</sup>.

## V. Estado de la cuestión en el ordenamiento jurídico español

46. Puede afirmarse que, con carácter general, la doctrina y las autoridades españolas han abordado la solución de los contratos de gestación por sustitución celebrados por españoles en el extranjero, principalmente, desde la perspectiva del interés superior del menor<sup>71</sup>. Eso sí, tampoco puede decirse que se haya hecho de forma unívoca ni, desde luego, pacífica.

47. Los problemas se concentran alrededor de la inscripción de la filiación mediante gestación por sustitución en el Registro Civil consular cuando no hay sentencia judicial<sup>72</sup>; hemos señalado en la introducción las polémicas que, desde la segunda mitad del año dos mil dieciocho, han venido sucediéndose –y siguen vigentes– con el Gobierno español en relación con los contratos celebrados en Ucrania y Georgia. A lo que se ha de añadir el vaivén de la Dirección General de los Registros y del Notariado (DGRN) que, tras la aprobación de la Instrucción DGRN de 14 de febrero<sup>73</sup>, que no llegó a publicarse en el BOE, sobre actualización del régimen registral de la filiación de los nacidos mediante gestación por sustitución, fue sustituida por la Instrucción DGRN de 18 de febrero<sup>74</sup> de idéntico nombre, esta sí, publicada en el BOE. El cambio fundamental introducido es que la inscripción de la filiación – cuando no existe sentencia judicial como se da en los países antes mencionados – no será estimada ante el Registro Civil consular – tal y como venía realizándose –, por lo que los padres de intención deberán obtener, si procede, de las autoridades locales el pasaporte y permisos del menor para viajar a España y, una vez allí, “*a fin de asegurar que se cumplen todas las garantías con necesario el rigor probatorio, se deberá iniciar el correspondiente expediente para la inscripción de la filiación, con intervención del Ministerio Fiscal, o interponer las acciones judiciales de reclamación de dicha filiación*”.

<sup>69</sup> J. M. DÍAZ FRAILE, ‘La Gestación Por Sustitución Ante El Registro Civil Español. Evolución de La Doctrina de La DGRN y de La Jurisprudencia Española y Europea’, *Revista de Derecho Civil*, VI.1 (enero-marzo) (2019), 53–131. p. 125

<sup>70</sup> O. FERACI, ‘Maternità Surrogata Conclusa All’ Estero e Convenzione Europea Dei Diritti Dell’ Uomo: Riflessioni a Margine Della Sentenza Paradiso e Campanelli c. Italia’, *Cuadernos de Derecho Transnacional*, 7.2 (2015), 420–39. p. 439

<sup>71</sup> VAQUERO LÓPEZ. *op. cit.* p. 457

<sup>72</sup> Véase: PERTUSA RODRÍGUEZ L. Dimensión consular de la gestación por sustitución en Derecho Internacional Privado. *Cuad. Derecho Transnacional*. 2018;10(2):597–614.

<sup>73</sup> Disponible en: [https://e00-elmundo.uecdn.es/documentos/2019/02/16/instruccion\\_gestacion.pdf](https://e00-elmundo.uecdn.es/documentos/2019/02/16/instruccion_gestacion.pdf)

<sup>74</sup> Instrucción de 18 de febrero de 2019, de la Dirección General de los Registros y del Notariado, sobre actualización del régimen registral de la filiación de los nacidos mediante gestación por sustitución. BOE, Jueves 21 de febrero de 2019. Disponible en: <https://boe.es/boe/dias/2019/02/21/pdfs/BOE-A-2019-2367.pdf>

48. En relación con el caso que nos ocupa, recientemente se ha dictado sentencia por la Audiencia Provincial de Murcia<sup>75</sup>, por la que la madre intencional no biológica solicitaba la adopción de una menor nacida por maternidad subrogada en Ucrania. Esta sentencia nos permite ilustrar los antecedentes afrontados por la jurisprudencia española. En el presente caso, la madre intencional presenta solicitud de apertura de expediente de jurisdicción voluntaria para la aprobación de la adopción de la menor nacida en Kiev (Ucrania), que consta inscrita como hija del marido español de aquélla – quien también es su padre biológico – y de su madre gestante ucraniana que, ante el funcionario de la oficina consular española en dicho país, había prestado su consentimiento para la adopción por la ahora solicitante. En el procedimiento ante el Juzgado de Primera Instancia nº 3 de Murcia, el Ministerio Fiscal requiere y es aportada la inscripción ante el Registro Civil ucraniano, en donde consta que la menor es hija de la madre y el padre de intención españoles. El Juzgado dicta auto denegando la adopción por falta de legitimación activa, pues el artículo 175.3.1º del Código Civil español impide la adopción de los descendientes, y en la partida del registro civil ucraniana consta que la solicitante es la madre de la menor. El auto es objeto de recurso de apelación por la solicitante, quien alega que no es de aplicación tal precepto del Código Civil puesto que, conforme al derecho interno español, la filiación viene determinada por el parto.

49. La Audiencia Provincial de Murcia resuelve, en primer lugar, que dada la inaplicabilidad en España de normas extranjeras que permiten la gestación por sustitución conforme a la STS de 6 de febrero de 2014<sup>76</sup>, no puede denegarse la legitimación activa de la madre de intención para solicitar la adopción y que, por tanto, lo que corresponde es examinar si concurren en el caso concreto los presupuestos para la aprobación de la adopción, es decir, si la adopción es conforme al interés superior del menor y si la adoptante es idónea.

50. Acerca de la valoración del interés superior del menor, la Audiencia Provincial de Murcia considera que el caso se ajusta al razonamiento aportado por el Tribunal Supremo en el auto de 2 de febrero de 2015<sup>77</sup>, en el cual determinaba que el ordenamiento jurídico español protege el interés superior de los menores conforme a la jurisprudencia del TEDH, *puesto que permite la fijación de las relaciones paterno-filiales mediante la determinación de la filiación biológica paterna* – así inscrito en el registro civil consular ucraniano en el presente caso – *y la formalización de las relaciones familiares “de facto” mediante la adopción* – la cual se pretende ahora – *o el acogimiento, protegiendo en todo momento la unidad familiar en que puedan estar integrados los menores*. En dicho auto el Tribunal Supremo ya argumentó, con lógica jurídica<sup>78</sup>, las diferencias significativas entre el ordenamiento jurídico francés –que habían desembocado en las condenas por el TEDH de las que hemos hablado– y el ordenamiento jurídico español.

<sup>75</sup> Audiencia Provincial de Murcia, Sección 4ª, Sentencia 91/2019 de 31 Ene. 2019, Rec. 1295/2018

<sup>76</sup> Dicha resolución denegó la posibilidad de reconocer la filiación establecida en el extranjero en virtud del contrato de gestación por sustitución, si bien, conforme al interés superior del menor, entendió que la filiación podía determinarse por otras vías en su Fundamento Jurídico Quinto [Tribunal Supremo, Sala de lo Civil, Sentencia 247/2014 de 6 de febrero. ROJ: STS 247/2014]: *11.- (...) o de acuerdo con la jurisprudencia de este Tribunal y del Tribunal Europeo de Derechos Humanos, si tal núcleo familiar existe actualmente, si los menores tienen relaciones familiares “de facto” con los recurrentes, la solución que haya de buscarse tanto por los recurrentes como por las autoridades públicas que intervengan, habría de partir de este dato y permitir el desarrollo y la protección de estos vínculos. Existen en nuestro ordenamiento jurídico diversas instituciones que lo permiten. El propio art. 10 de la Ley de Técnicas de Reproducción Humana Asistida, en su párrafo tercero, permite la reclamación de la paternidad respecto del padre biológico, por lo que si alguno de los recurrentes lo fuera, podría determinarse la filiación paterna respecto del mismo. Asimismo, figuras jurídicas como el acogimiento familiar o la adopción permiten la formalización jurídica de la integración real de los menores en tal núcleo familiar. Ha de precisarse también que, a fin de dar cumplimiento a lo previsto en el art. 7.1 de la Convención sobre los Derechos del Niño, conforme al cual el niño será inscrito inmediatamente después de su nacimiento y tendrá derecho desde que nace a un nombre y a adquirir una nacionalidad, la denegación de reconocimiento de la certificación registral de California ha de afectar exclusivamente a la filiación en ella determinada, pero no al resto de su contenido.*

<sup>77</sup> Tribunal Supremo, Sala de lo Civil, Auto 335/2015 de 2 de febrero. ROJ: ATS 335/2015

<sup>78</sup> A. DURÁN AYAGO, ‘Una Encrucijada Judicial y Una Reforma Legal Por Hacer: La Gestación Por Sustitución. A Propósito Del Auto Del Tribunal Supremo de 2 de Febrero de 2015’, *Bitácora Millennium DIPr: Derecho Internacional Privado*, 2, 2015, 1–16. p. 16

51. En base a dichos argumentos entiende la Audiencia Provincial de Murcia que la solicitud de adopción es conforme al interés superior de la menor<sup>79</sup> y, no habiendo datos para dudar de la idoneidad de la adoptante, falla estimando el recurso de apelación. Esta Sentencia, previa a la resolución de la opinión consultiva por el TEDH, ilustra que, desde el punto de vista del ordenamiento jurídico español, las preguntas planteadas por la *Cour de Cassation* ya habrían sido contestadas por el Tribunal Supremo con acierto, como veremos a continuación.

## VI. Análisis jurídico de la opinión consultiva de 10 de abril de 2019<sup>80</sup>

52. La respuesta del TEDH, cumpliendo con la naturaleza del Protocolo, fue razonablemente rápida –recordemos que la consulta se recibió el 16 de octubre de 2018, fue aceptada el 4 de diciembre y resuelta el 10 de abril de 2019–.

*Dans la situation où, comme dans l'hypothèse formulée dans les questions de la Cour de cassation, un enfant est né à l'étranger par gestation pour autrui et est issu des gamètes du père d'intention et d'une tierce donneuse, et où le lien de filiation entre l'enfant et le père d'intention a été reconnu en droit interne:*

1. *le droit au respect de la vie privée de l'enfant, au sens de l'article 8 de la Convention, requiert que le droit interne offre une possibilité de reconnaissance d'un lien de filiation entre cet enfant et la mère d'intention, désignée dans l'acte de naissance légalement établi à l'étranger comme étant la "mère légale";*

2. *le droit au respect de la vie privée de l'enfant, au sens de l'article 8 de la Convention, ne requiert pas que cette reconnaissance se fasse par la transcription sur les registres de l'état civil de l'acte de naissance légalement établi à l'étranger ; elle peut se faire par une autre voie, telle que l'adoption de l'enfant par la mère d'intention, à la condition que les modalités prévues par le droit interne garantissent l'effectivité et la célérité de sa mise en œuvre, conformément à l'intérêt supérieur de l'enfant.*

53. En primer lugar, y como se ha dicho *supra* debe decirse que el TEDH no contesta a lo que se le pregunta, aunque para ser justos, el propio Tribunal reconoce esta situación. Ya se ha comentado aquí que la obligación de responder las preguntas planteadas desde un alto tribunal nacional en aplicación del procedimiento consultivo previsto en el Protocolo nº 16 no contempla la modificación de las preguntas por parte del TEDH. Sin embargo, eso es precisamente lo que sucede y la formulación inicial es modificada auto arrogándose una competencia que condiciona necesariamente también la respuesta jurídica del procedimiento consultivo. Como hemos visto, dentro de la primera pregunta, en segundo lugar, la *Cour de Cassation* pregunta al TEDH si debería trazar una distinción en caso de que el menor hubiera sido concebido utilizando los óvulos de la madre de intención; entiende el TEDH que su labor en el marco del Protocolo nº 16 al CEDH es la de proporcionar al alto órgano jurisdiccional requirente orientación que le permita garantizar el respeto de los derechos consagrados en el Convenio al determinar el caso concreto que se le somete y, dado que en el caso *Menesson* la menor no había sido concebida con los óvulos de la madre de intención, considera que no debe dar respuesta a dicha cuestión [parágrafos 27 a 34] negando su propia afirmación de responder exclusivamente a las cuestiones que le someten [parágrafo 25 *in fine*]. Añade, eso sí, que de estar ante un caso en el que la madre de intención hubiera aportado su carga genética, en una situación similar a la controvertida, la necesidad de prever una posibilidad de reconocimiento de la relación jurídica entre el niño y la madre prevista se aplicaría con aún mayor contundencia [parágrafo 47], lo que supone un rechazo a ofrecer en el fondo la respuesta específica solicitada, y que obligaba al tribunal a desplegar la preceptiva perspectiva de género. En efecto, el tribunal galo no preguntaba si la madre contratante que ha aportado carga genética debía obtener alguna vía para

<sup>79</sup> También utiliza como argumento las sentencias del Tribunal Supremo en materia de reconocimiento de prestaciones de maternidad para madres intencionales, ver: MERCADER UGUINA JR. *La creación por el Tribunal Supremo de la prestación por maternidad subrogada: a propósito de las SSTs de 25 de octubre de 2016 y de 16 de noviembre de 2016*. Cuad Derecho Transnacional. 2017;9(1):454–67.

<sup>80</sup> ADVISORY OPINION concerning the recognition in domestic law of a legal parent-child relationship between a child born through a gestational surrogacy arrangement abroad and the intended mother. Requested by the French Court of Cassation (Request no. P16-2018-001). Disponible en: <http://hudoc.echr.coe.int/eng?i=003-6380464-8364383>



ver reconocida su filiación, tal y como responde el TEDH tras la modificación de las preguntas, sino que cuestiona la adquisición original de los hombres en esa situación y no de las mujeres. Afrontar esa pregunta, más relevante que la indicada en el párrafo 47, suponía para el tribunal analizar si su propia jurisprudencia es discriminatoria en posible violación del artículo 14 del CEDH.

**54.** Al contestar a la primera cuestión acerca de si el artículo 8 del CEDH requiere que la legislación nacional establezca la posibilidad de reconocer la filiación realizada en el extranjero del menor respecto de la madre de intención, hace constar que son dos factores los que adquieren especial relevancia: el interés superior del menor y el alcance del margen de apreciación de que disponen los Estados [párrafo 37].

**55.** En relación al interés superior del menor, reconoce que dicho interés no incluye únicamente factores que juegan en favor del reconocimiento de la filiación del menor respecto de la madre de intención, citando de forma genérica –en base al caso *Paradiso y Campanelli*– los riesgos que implican los contratos de maternidad subrogada, así como la posibilidad del menor de conocer sus orígenes; pero acto seguido, argumenta que dado el impacto negativo que supone para su derecho al respeto de su vida privada no reconocer dicha filiación y la situación de incertidumbre legal en relación a su identidad en la que quedaría el menor –tal y como ya había argumentado en las sentencias *Mennesson* y *Labasee*–, demanda la necesidad de identificar legalmente a las personas responsables de criarlo, y entiende que la imposibilidad general y absoluta de obtener el reconocimiento del vínculo entre un niño nacido a través de gestación por sustitución en el extranjero y la madre comitente no es compatible con ese interés, lo que exige un tratamiento particularizado de las circunstancias que concurren en cada caso<sup>81</sup>; lo que le lleva a concluir que el artículo 8 de la Convención exige que la ley nacional establezca la posibilidad de reconocer la filiación entre el menor y la madre de intención. La respuesta no parecía tan obvia observando el derecho comparado, así, el Tribunal federal suizo entendía que utilizar el orden público para denegar el reconocimiento de la filiación afirmada por la sentencia californiana respecto del padre de intención no vinculado genéticamente con el niño es perfectamente ajustado al CEDH<sup>82</sup>.

**56.** Acerca de la segunda cuestión, relativa a la necesidad o no de transcribir literalmente la filiación determinada en el Estado en el que se lleva a cabo la práctica de la maternidad subrogada, la respuesta del TEDH es que no es obligatorio; y, por ende, sobre si la fórmula de establecer la filiación por medio de la adopción se ajusta al CEDH, la considera admisible, porque entiende el medio concreto establecido por la ley nacional para permitir el reconocimiento de la relación con los padres de intención está dentro del margen de apreciación de los Estados. Ha de reconocerse aquí la acertada argumentación del Tribunal Supremo en el auto de 2 de febrero de 2015, al señalar en el Fundamento Jurídico sexto que *el Tribunal de Estrasburgo, en las sentencias Labasee y Mennesson, no afirma que la negativa a transcribir al Registro Civil francés las actas de nacimiento de los niños nacidos en el extranjero por gestación por subrogación infrinja el derecho al respeto de la vida privada de esos menores. Lo que afirma es que a esos niños hay que reconocerles un estatus definido, una identidad cierta en el país en el que normalmente van a vivir*; entendiendo a su vez, que las vías ofrecidas por el ordenamiento jurídico español –entre ellas la adopción– se ajustaban al Convenio.

**57.** Por último, queda la cuestión relativa a que la ley francesa solo permite la adopción para los padres de intención que estén casados. Como bien dice DURÁN AYAGO, el TEDH sale del atolladero como puede, y señala que no le corresponde decidir en el contexto de esta concreta solicitud de opinión consultiva sobre la idoneidad de la ley de adopción francesa, aunque de alguna manera deja abierta la duda acerca de si en algunos casos los requisitos exigidos por la legislación hacen que la adopción no solucione la necesidad reconocida de determinación de la filiación materna<sup>83</sup>.

<sup>81</sup> A. DURÁN AYAGO, 'Protocolo Nº 16 Al Convenio Europeo de Derechos Humanos y Gestación Por Sustitución: Primera Consulta Planteada Por La Corte de Casación Francesa y Primera Respuesta Para Seguir Sin Desbrozar Del Todo El Camino', *Revista General de Derecho Europeo*, 48 (2019), 132–49. p. 143

<sup>82</sup> ÁLVAREZ GONZÁLEZ. *op. cit.* p. 189

<sup>83</sup> DURÁN AYAGO, *op. cit.* p. 145

## VII. Conclusiones

58. Son dos las principales cuestiones que nos gustaría remarcar para finalizar este estudio.

59. En primer lugar, cuando el tribunal rehúye dar una respuesta sobre la necesidad o no de distinguir en caso de la aportación del óvulo por la madre de intención, la vía elegida por el TEDH para no contestar a la pregunta ejerciendo el *non liquet* debe hacernos analizar las posibles causas: puede analizarse, sin lugar a dudas, como una interpretación restrictiva del ámbito de aplicación de las opiniones consultivas surgidas a raíz de la entrada en vigor del Protocolo nº 16, centrando la respuesta, y por ende la pregunta, al contenido que el TEDH considere que puede ser útil para la solución del asunto principal en la jurisdicción nacional interviniendo, de hecho y más de lo que estaba previsto en la *litis* principal y en la propia discrecionalidad del juez nacional. Pero puede ser también, esta ampliación competencial una forma de evitar el análisis de sus propios actos en perspectiva de género. Una negativa a asumir que sus propias decisiones se implementan de manera diferente sobre mujeres y hombres y que la maternidad subrogada afecta de manera especialmente grave y diferente a las mujeres participantes, madres gestantes y contratantes.

60. Parte de la doctrina ya manifestó que, si el avance de la técnica médica permite conocer quién ha aportado el material genético – gametos masculinos y femeninos – del nacido, si en ambos casos se parte de un contrato nulo en que han tenido intervención los progenitores, y a ambos supuestos, filiación materna y paterna, se extiende el derecho del niño a conocer su filiación biológica; no hay justificación para que no se permita igualmente la investigación y reclamación de la filiación materna en estos supuestos, con lo que la diferencia de trato normativo tiene un carácter sancionador en todo caso a la mujer, pudiendo conllevar una diversidad de trato contraria al mandato igualitario del artículo 14 de la CE y al principio de no discriminación<sup>84</sup>.

61. Es posible que estos argumentos rondasen la órbita de la *Cour de Cassation* al plantear sus preguntas, sin embargo, el TEDH no entra a valorar la cuestión y añade, con cierta timidez como hemos visto, que de estar ante un caso en el que la madre de intención hubiera aportado su carga genética, *en una situación similar a la controvertida* –entendemos por similar que se está refiriendo a que exista vínculo genético también con el padre de intención, es decir, no estaría aportando solución novedosa alguna–, la necesidad de prever una posibilidad de reconocimiento de la relación jurídica entre el niño y la madre de intención –y genética– se aplicaría con aún mayor contundencia [parágrafo 47]; pero pudiendo, dada su inconcreción, traducirse esta en la inscripción como adoptante. Lo que no entendemos es por qué el TEDH evita citar literalmente su propia jurisprudencia en el caso *Menesson*<sup>85</sup> para, dado que considera el vínculo genético un componente de la identidad del menor que reduce el margen de apreciación de los Estados para negar el reconocimiento de la filiación a favor de los padres de intención, dejar claro que el vínculo genético del menor con uno u otro, hombre o mujer, determina de igual forma y con las mismas consecuencias jurídicas su identidad, y no, como en el caso que nos ocupa, reconocer el valor de la relación biológica de la madre de intención en caso de que previamente haya sido determinada la relación biológica respecto del padre de intención. Además, creemos que la decisión de no esclarecer determinadas cuestiones, aumenta el riesgo ya señalado de que el TEDH se convierta en un *juez de cuarta instancia*<sup>86</sup>.

<sup>84</sup> M. NUÑEZ BOLAÑOS, I. M. NICASIO JARAMILLO, y E. PIZARRO MORENO, ‘El Interés Del Menor y Los Supuestos de Discriminación En La Maternidad Subrogada, Entre La Realidad Jurídica y La Ficción’, *Derecho Privado y Constitución*, 29, 2015, 227–61 <<https://doi.org/http://dx.doi.org/10.18042/cepc/dpc.29.06>>. p. 256

<sup>85</sup> Sentencia TEDH de 26 de junio de 2014, caso *Menesson c. Francia* (65192/11): 100. *This analysis takes on a special dimension where, as in the present case, one of the intended parents is also the child's biological parent. Having regard to the importance of biological parentage as a component of identity (see, for example, Jäggi [v. Switzerland, no. 58757/00], § 37[, ECHR 2006-X]), it cannot be said to be in the interests of the child to deprive him or her of a legal relationship of this nature where the biological reality of that relationship has been established and the child and parent concerned demand full recognition thereof.*

<sup>86</sup> FERACI. *op. cit.* p. 439

**62.** Y en segundo lugar, para concluir, reiteramos nuestra preocupación por la invisibilidad de la madre gestante en las decisiones del TEDH. Resulta cuanto menos llamativo que, si tal y como se dice en la opinión consultiva, hay dos factores fundamentales – el interés superior del menor y el alcance del margen de apreciación de que disponen los Estados – que inciden a la hora de reconocer la filiación determinada en el extranjero de un menor a favor de sus padres de intención, reiteradamente al TEDH no le parezca relevante la situación de la madre gestante, dado que las obligaciones personalísimas establecidas por los contratos de maternidad subrogada –cuyos efectos se pretenden reconocer– se ejecutan sobre su cuerpo.

**63.** Es cierto que nuestro Tribunal Supremo valoró la cuestión de la dignidad de la mujer gestante de forma absolutamente abstracta<sup>87</sup>, aduciendo que los contratos de maternidad subrogada vulneran en todo caso el orden público internacional *mercantilizando la gestación y la filiación, “cosificando” a la mujer gestante y al niño*; pero, por ejemplo, el BGH sí otorgó un contenido más específico a esta relación, entendiendo que la violación de la dignidad humana de la mujer podía adquirir relevancia en la aplicación del orden público en casos en los que la mujer gestante no actuó voluntariamente, ya sea en el momento de inicio de la relación contractual, en el momento de renuncia de la maternidad, o en que dicha renuncia no se produjera de forma lícita<sup>88</sup>. A pesar de que, como señalaremos a continuación, entendemos que estos argumentos del BGH tienen limitaciones, representan un punto de partida necesario.

**64.** Al hilo de todo ello, coincidimos en que esta invisibilidad se encuadra en la estructura de razonamiento excesivamente individualista asumida por el TEDH en relación con la aplicación de la cláusula de orden público internacional, en el que las razones del individuo cuyos derechos se tutelan prima facie aparecen sobredimensionadas en relación con las razones del bien común<sup>89</sup>. Efectivamente, siendo conocidos los riesgos de las prácticas de maternidad subrogada internacional<sup>90</sup>, limitar los argumentos de orden público a cuestiones de vulneraciones puntuales de la legalidad de los países que la permiten, o a casos individuales en los que el consentimiento ha sido obtenido por error, dolo o violencia, puede resultar absolutamente ineficaz para la protección de la dignidad y los derechos humanos de la mujer. Por ejemplo, a nuestro modo de ver y coincidiendo con lo expresado por el Tribunal Constitucional portugués, solo un ordenamiento jurídico que reconociese un derecho a la revocación del consentimiento hasta después del nacimiento del menor garantizaría la protección de la dignidad de la mujer ya que, en el momento en que la gestante no quiere continuar en el proceso de gestación por sustitución, su participación en el mismo deja de corresponderse con el ejercicio del derecho al libre desarrollo de su personalidad y, por ende, la ejecución de las obligaciones del contrato bajo en contra de la voluntad de la gestante, no solo deja de tener fundamento constitucional, sino que se convertiría en una instrumentalización que atenta directamente su dignidad personal<sup>91</sup>, situación que permanecería bajo el amparo de la legalidad en cualquier ordenamiento jurídico que no reconociese y garantizase dicho derecho a la libre revocación del consentimiento.

**65.** En cualquier caso, y siendo conscientes de que la solución más satisfactoria es probablemente, tal y como manifiesta la abrumadora mayoría de la doctrina y el propio tribunal europeo en esta resolución [parágrafo 59], la puesta en marcha de un convenio internacional en el marco de la Conferen-

<sup>87</sup> Lo cual suscitó críticas contundentes de la doctrina como muestran CALVO CARAVACA/ CARRASCOSA GONZÁLEZ o DURÁN AYAGO, y también del voto particular de la propia sentencia. Si bien coincide con los argumentos manifestados por los magistrados GAETANO, PINTO DE ALBUQUERQUE, WOJTYCZEK y DEDOV en el voto concurrente que emitieron en la sentencia de la Gran Sala TEDH de 24 de enero de 2017 en el caso *Paradiso y Campanelli c. Italia* (25358/12).

<sup>88</sup> S. LILIAN GÖSSL, ‘The Recognition of a “Judgment of Paternity” in a Case of Cross-Border Surrogacy under German Law. Commentary to BGH, 10 December 2014, AZ. XII ZB 463/13’, *Cuadernos de Derecho Transnacional*, 7.2 (2015), 448–65. p. 459

<sup>89</sup> F. SIMÓN YARZA, ‘Gestación Subrogada o Vientres de Alquiler: Reflexiones a La Luz Del Derecho Comparado y de La Jurisprudencia Del Tribunal Europeo de Derechos Humanos’, *Revista General de Derecho Constitucional*, 25, 2017, 1–24. p. 21

<sup>90</sup> Puede consultarse al respecto el Informe del Comité de Bioética de España sobre los aspectos éticos y jurídicos de la maternidad subrogada (19/05/2017). Disponible en: [http://assets.comitedebioetica.es/files/documentacion/es/informe\\_comite\\_bioetica\\_aspectos\\_eticos\\_juridicos\\_maternidad\\_subrogada.pdf](http://assets.comitedebioetica.es/files/documentacion/es/informe_comite_bioetica_aspectos_eticos_juridicos_maternidad_subrogada.pdf)

<sup>91</sup> G. LAZCOZ MORATINOS, ‘Acercas de la constitucionalidad, o no, de la maternidad subrogada: Sentencia 225/2018 del Tribunal Constitucional portugués’, *Dilemata*, 28, 2018, 137–51. pp. 146-147

cia de La Haya sobre Derecho Internacional Privado, reiteramos que, dados los compromisos adquiridos por este tribunal –*supra*– para incorporar la perspectiva de género a sus decisiones, nos resulta inconcebible que estas cuestiones no sean incorporadas a la consideración del margen de apreciación de los Estados e, incluso, a la valoración del interés superior del menor.

**66.** Por último, esta histórica opinión consultiva emitida de acuerdo con el Protocolo nº 16 al Convenio Europeo de Derechos Humanos, más que lo dicho por el Tribunal Europeo de Derechos Humanos, es esclarecedor todo aquello sobre lo que, una vez más, guarda silencio. En efecto, si bien será analizada doctrinalmente por haber inaugurado una nueva vía para la mejora de la protección de los derechos tutelados por el TEDH y enunciados en el Convenio, la Opinión Consultiva aquí estudiada no puede sino ser calificada como oportunidad perdida par que el TEDH aborde con valentía la afección a las mujeres de la maternidad subrogada, sin acudir a técnicas jurídicas que, en último término, sólo han pretendido sortear más mal que bien el eje central de las cuestiones que debía resolver.

# INMUEBLES FRONTERIZOS, CORRECCIÓN DE FRONTERA Y COMPETENCIA JUDICIAL INTERNACIONAL DE LOS TRIBUNALES ESPAÑOLES

## CROSSBORDER PROPERTY, BORDER CHANGES AND INTERNATIONAL JURISDICTION OF THE SPANISH COURTS.

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: 31.05.2019 / Aceptado: 13.05.2019

DOI: <https://doi.org/10.20318/cdt.2019.5013>

**Resumen:** A través de este interesante Auto de la Audiencia Provincial de Navarra de 9 de noviembre de 2018 se aborda el estudio de la competencia judicial de los tribunales españoles para entrar a conocer de una controversia con un inmueble fronterizo. Esta problemática surge cuando España y Francia corrigen su frontera pirenaica en virtud de ciertos acuerdos bilaterales, entonces algunas tierras rústicas antes sitas en Francia pueden pasar a estar situadas en España.

**Palabras clave:** conflicto móvil, competencia judicial internacional, España, Francia, inmueble.

**Abstract:** Through this interesting judgment of the Provincial Court of Navarra of 9 November 2018, there is approached the study of the jurisdiction of the Spanish courts to deal with a controversy with a border building is addressed. This problem arises when Spain and France correct their Pyrenean border under certain bilateral agreements, so some of the former French rural lands may be located in Spain.

**Keywords:** mobility conflict, international jurisdiction, Spain, France, property.

**Sumario:** I. Los hechos y las cuestiones jurídicas suscitadas en el Auto de la Audiencia Provincial de Navarra de 9 de noviembre de 2018. II. El conflicto móvil en los casos de bienes inmuebles. III. La razón de ser de los foros de competencia judicial internacional exclusivos sobre los bienes inmuebles. IV. Una perspectiva actual de la justificación de las competencias exclusivas. El papel del registro de bienes inmuebles. V. Los cambios de frontera. Los tratados bilaterales entre España y Francia. VI. La Ley aplicable a los casos de bienes inmuebles fronterizos. VII. Conclusiones.

### **I. Los hechos y las cuestiones jurídicas suscitadas en el Auto de la Audiencia Provincial de Navarra de 9 noviembre de 2018<sup>1</sup>**

1. El auto de la Audiencia Provincial de Navarra de 9 de noviembre de 2018 resuelve una controversia planteada por el propietario de una finca situada en la actualidad su superficie entre España y Francia. En los años 1973 y 1974 el actor compró una finca de 1700 m<sup>2</sup> situada entonces íntegramente en

<sup>1</sup> Auto de la Audiencia Provincial de Navarra de 9 de noviembre de 2018. ECLI: ES:APNA:2018:371A

Francia, según el plano catastral francés. La resolución recurrida indicaba que, según la parte actora al haberse desplazado la frontera entre España y Francia, al norte, tras la última delimitación de la misma, entre los mojones 24 y 25, realizada por la Comisión Mixta de Amojonamiento, fundada en el tratado de límites entre España y Francia, de 2 de diciembre de 1.856<sup>2</sup>, de donde resultaría que parte de esta finca, 773 m<sup>2</sup> de superficie, estaría en territorio español, en concreto dentro del término municipal de Bera.

2. La actora en este asunto interpuso demanda contra el Ayuntamiento de Bera de Bidasoa en la que ejercitó una acción declarativa de dominio respecto de varias fincas de 682 m<sup>2</sup>, 545 m<sup>2</sup>, 318 m<sup>2</sup> y sobre 773 m<sup>2</sup> de superficie de otra, sitas en la cima del monte Larun pidiendo, además, que se acuerde la rectificación catastral procedente en favor de su representado.

3. El Ayuntamiento de Bera se allanó a las peticiones contenidas en la demanda respecto de las fincas de 682 m<sup>2</sup>, 545 m<sup>2</sup>, 318 m<sup>2</sup>; mientras que se opuso respecto de los 773 m<sup>2</sup> de otra finca al estimar que dicha superficie está integrada en el Catastro de Bayona, Francia. En cuanto a las fincas objeto de allanamiento, se dictó sentencia de 15 de marzo del 2018 estimatoria de la demanda respecto de las mismas. Respecto de la superficie de 773 m<sup>2</sup>, el juez de la primera instancia durante el acto de la audiencia previa suscitó de oficio su falta de jurisdicción por corresponder el conocimiento del asunto de que se trata a los tribunales de otro Estado, lo que determinaría su abstención de conocer y el sobreseimiento del proceso, según expone nuestra norma procesal prevista en el artículo 65 LEC.

4. En el trámite concedido el Ayuntamiento de Bera mantuvo la falta de jurisdicción por corresponder el conocimiento del asunto sobre la citada superficie a los tribunales de la República Francesa por encontrarse en su territorio la superficie indicada de 773 m<sup>2</sup>, todo ello en aplicación del Reglamento número 1215/2012, de 12 de diciembre, del Parlamento Europeo y del Consejo.

5. Por su parte el demandante alegó que la referida superficie se encuentra en España y que “ni un solo metro cuadrado que no esté en España se reclama a través de la presente demanda, por lo que el competente siempre debe de ser el Juzgado Español”. El Ministerio Fiscal informó en el sentido de que debía estimarse la falta de jurisdicción que el juez planteó. Y en auto de 8 de febrero de 2018 se declaró “ la Falta de Jurisdicción Internacional de este Juzgado, para conocer de aquellas cuestiones planteadas en la *litis*, relacionadas con la superficie de 773 m<sup>2</sup>, situada en el monte Larun, absteniéndose del conocimiento de las mismas, y acordando respecto de las mismas, el sobreseimiento de la causa “. Fue entonces cuando los abogados que representaban los intereses del actor interpusieron el recurso de apelación contra la resolución de primera instancia del Juzgado nº6 de Pamplona.

6. Con el acta de replanteo de la línea de la frontera franco-española de 2014, y desde la perspectiva de lo dispuesto en el artículo 36 LEC, de la falta de competencia internacional, así como de lo establecido en el Reglamento número 1215/2012, de 12 de diciembre, en la medida en la que las premisas de las que parte el suplico contenido en la demanda son que esos 773 m<sup>2</sup>, parte integrante de la finca de 1700 m<sup>2</sup> situada a la fecha de su compra en su totalidad en territorio francés, han pasado a estar sitos en territorio español como consecuencia del desplazamiento de la frontera hacia el Norte que atribuye la parte demandante al acta de replanteo mencionado, no cabría afirmar inicialmente la falta de competencia internacional del Juzgado de Primera Instancia nº6 de Pamplona.

7. En resumen, la Audiencia señala que el hecho de que la finca en su integridad este registrada y encatastrada en Francia no impide la competencia del tribunal español si es que se prueba con absoluta plenitud el desplazamiento de la línea de frontera que constituye el eje de la petición contenida en la demanda, sin que tal registro y catastro francés resulten afectados directamente, en tanto que ninguna rectificación se pide respecto de ellos. Que inicialmente la totalidad de la finca estuviese sita en Francia

---

<sup>2</sup> Tratado de límites entre España y Francia desde el collado de Añalarra hasta la desembocadura del Bidasoa: firmado en Bayona a 2 de diciembre de 1856. Link: <https://www.dipublico.org/110719/tratado-de-limites-entre-espana-y-francia-desde-el-collado-de-analarra-hasta-la-desembocadura-del-bidasoa-firmado-en-bayona-a-2-de-diciembre-de-1856/>

no es óbice, al menos en hipótesis, para que una afirmada modificación posterior de la línea fronteriza, pueda suponer una modificación como la contemplada por el actor en su demanda, pues en tal caso obedecería a una hipotética variación aprobada por Francia y España.

## II. El conflicto móvil en los casos de bienes inmuebles

8. Es un dato incontestable que los bienes pueden ser trasladados de país a país, no solo los bienes muebles, también los inmuebles. Este traslado promueve situaciones de “conflicto móvil” donde se ha de determinar la competencia judicial internacional y el Derecho aplicable a estos bienes<sup>3</sup>.

9. En la práctica ejemplos no faltan. Así se observa con el traslado del templo egipcio por la construcción de una gran obra hidráulica de la presa de Asuán, desde Egipto a España en 1970. Gran atracción turística en Madrid en la actualidad, conocida como el templo de Debod. Literalmente troceado y transportado a Madrid desde el territorio de la Baja Nubia, al sur de Asuán. O el templo de Dendur, que terminó en Nueva York, ambos templos regalo como signo de agradecimiento del gobierno egipcio hacia estas ciudades por la ayuda prestada<sup>4</sup>. Así como el templo de Ellesiya, que se puede admirar en el museo egipcio de Turín, templo que también fue trasladado de Egipto a Italia.

10. Además de la posibilidad de que el traslado de esos bienes se produzca de Estados no contiguos o cercanos, se observan ejemplos donde se observa también “conflicto móvil”. Por ejemplo, cuando un bien inmueble se encuentra en un territorio bajo la soberanía de un Estado, pero dicho territorio cambia de soberanía. Este ejemplo se ha hecho patente en nuestro Estado, con territorios antes bajo soberanía efectiva española que han pasado a estar bajo soberanía territorial británica en la zona de Gibraltar, en distintas épocas. Y otro ejemplo más, como es el del caso que se comenta en este trabajo, cuando España y Francia corrigen su frontera pirenaica en virtud de acuerdos bilaterales, algunas fincas pueden pasar de estar situadas en España a Francia y viceversa.

11. En los epígrafes sucesivos se tratará la cuestión de las competencias exclusivas previstas en el foro del art. 24 RB I-bis y la cuestión de la Ley estatal aplicable a estos casos.

## III. La razón de ser de los foros de competencia judicial internacional exclusivos sobre los bienes inmuebles

12. Los foros exclusivos en el RB I-bis son realmente una excepción a la pluralidad de foros a los que el actor puede acudir para interponer su demanda. El RB I-bis, salvo los casos específicos y concretos de los foros exclusivos, ofrece una amplia posibilidad para que la parte que ha cumplido sus obligaciones pueda demandar al demandado incumplidor, en ocasiones ante distintos órganos jurisdiccionales de distintos Estados miembros. Ese temor a ser demandado, “*metus litis*”, ante tribunales de varios Estados miembros incentiva al cumplimiento de las obligaciones<sup>5</sup>.

13. Es por esta razón por la que los foros exclusivos deben de tener una interpretación restrictiva. Las materias comprendidas en el art. 24 RB I-bis establecen un *numerus clausus*. La misma aplicación del art. 24 RB I-bis debe realizarse de modo igualmente restringido, ya que constituye una excepción al siste-

<sup>3</sup> M. ATTAL, A. RAYNOUARD, *Droit international privé. Tome I: principes généraux*, Ed. Larcier, 2013, pp. 331-333. También en O. CACHARD, *Droit international privé*, 2ª Ed., Ed. Larcier, 2013, pp. 242-245.

<sup>4</sup> A.-L. CALVO CARAVACA / J. CARRASCOSA GONZÁLEZ, *Derecho internacional privado*, vol. II, 18ª ed., Ed. Comares, Granada, 2018, p. 1188. También en textos de historia del arte del área de egiptología de la UCLM, link: <https://previa.uclm.es/profesorado/ramonvicentediaz/textos%20arte/templo%20debod.htm>

<sup>5</sup> A.-L. CALVO CARAVACA / J. CARRASCOSA GONZÁLEZ, *Derecho internacional privado*, vol. II, 18ª ed., Ed. Comares, Granada, 2018, p. 1322.

ma general de competencia del Reglamento Bruselas I-bis (STJUE 17 diciembre 2015, as. C-605/14, *Virpi Kom vs. Pekka Komu*, FD 24<sup>6</sup>; STJUE 2 octubre 2008, *Hassett*<sup>7</sup>, STJCE 14 diciembre 1977, *Sanders*<sup>8</sup>, STJUE 27 enero 2000, *Dansommer*, STJUE 18 mayo 2006, *ČEZ*<sup>9</sup>, STJUE 12 mayo 2011, as. C-144/10, *JPMorgan Chase Bank NA*, FJ 30-37<sup>10</sup>)<sup>11</sup>.

**14.** Los foros de competencia exclusiva se recogen en el art. 24 RB I-bis. Y la característica principal de estos foros es que, si la materia sobre la que versa el litigio está incluida en dicho precepto, sólo serán competentes los órganos jurisdiccionales del Estado al que se refiere el citado art. 24. Es más, será irrelevante el país de domicilio de los litigantes, tal como se observa en el propio RB I-bis, arts. 6.1 y 24, y en la STJUE 18 mayo 2006, *Land Oberösterreich vs. ČEZ*<sup>12</sup>. Estas competencias exclusivas presentan un carácter imperativo, esto quiere decir que otras condiciones como la sumisión de las partes, realizada de forma expresa o tácita, también serán irrelevantes para que conozcan del caso los tribunales de otro Estado sea un Estado miembro de la UE o no. Los pactos de sumisión no tendrán efecto en este sentido, de este modo se extrae de la STJUE 17 marzo 2016, as. C-175/15, *Taser International Inc. vs. SC Gate 4 Business SRL, Cristian Mircea Anastasiu*, FD 36<sup>13</sup>. Además ese control de la competencia judicial internacional será de oficio por parte del tribunal, de esta manera se extrae del art. 27 del RB I-bis: El tribunal de un Estado miembro que conociere a título principal de uno de estos litigios que correspondiera decidir exclusivamente a los tribunales de otro Estado miembro, se declarará de oficio incompetente<sup>14</sup>.

**15.** Otra de las grandes características que diferencia a los foros de competencia exclusivas del resto es que son foros puros de competencia judicial internacional, determinan los tribunales estatales competentes en su globalidad y conjunto, es decir, los tribunales italianos, franceses, alemanes, españoles, etc, pero no el concreto tribunal competente territorialmente. De la determinación de la competencia territorial se encargan las normas procesales nacionales de cada Estado. Así se desprende de la STJCE 28 abril 2009, *Apostolides*, FJ 50<sup>15</sup>.

**16.** La razón de ser de estos foros exclusivos se explica por dos fundamentos principales. La primera de ellas, por la estrecha vinculación de esas materias con la Soberanía del Estado o, en palabras del TJCE, con el “territorio de los Estados miembros”, STJCE 26 marzo 1992, *Dresdner II*<sup>16</sup>. En estos tipos de litigios prevalece el interés público o estatal sobre el interés privado. Se parte de la idea medieval de que

<sup>6</sup> ECLI:EU:C:2015:833. FJ 24: “También resulta de reiterada jurisprudencia del Tribunal de Justicia sobre el Convenio de Bruselas, que puede trasponerse al Reglamento n° 44/2001, que las disposiciones del artículo 22, punto 1, de ese Reglamento no deben interpretarse en un sentido más amplio de lo que requiere su finalidad, dado que establecen una excepción a las reglas generales de competencia del referido Reglamento, y en particular a la regla enunciada en el artículo 2, apartado 1, de éste, según la cual, salvo lo dispuesto en el mismo Reglamento, las personas domiciliadas en un Estado miembro estarán sometidas a los órganos jurisdiccionales de dicho Estado.”

<sup>7</sup> ECLI:EU:C:2008:534.

<sup>8</sup> *Sanders* contra *Van der Putte*, 73/77, Rec. 1977, p. 2383.

<sup>9</sup> ECLI:EU:C:2006:330

<sup>10</sup> ECLI:EU:C:2011:300.

<sup>11</sup> E. TREPPOZ, “Conflit de juridictions : validité d’une décision des organes sociaux”, *Revue critique de droit international privé*, 2011, pp. 922-932. Vid. también, A. ESPINIELLA MENÉNDEZ, “Competencia judicial internacional. Sentencia del Tribunal de Justicia de la Unión Europea (Sala Tercera) de 12 de mayo de 2011, asunto C-144/10, *BVG c. JP Morgan*”, *Revista española de Derecho Internacional*, 2011 n° 2 pp. 242-246. J.C. FERNÁNDEZ ROZAS, S. SÁNCHEZ LORENZO, *Derecho internacional privado*, 10ª ed., Ed. Aranzadi, Navarra, 2018, p. 78.

<sup>12</sup> ECLI:EU:C:2006:330.

<sup>13</sup> ECLI:EU:C:2016:176. FJ 36: “Teniendo en cuenta estas consideraciones, procede responder a la tercera cuestión prejudicial que el artículo 24 del Reglamento n.º 44/2001 debe interpretarse en el sentido de que se opone, en el marco de un litigio entre las partes de un contrato que incluye una cláusula atributiva de competencia en favor de los tribunales de un Estado tercero, a que el tribunal del Estado miembro en el que el demandado tiene su domicilio social, al que se ha sometido el litigio, se declare incompetente de oficio, aunque el demandado no impugne la competencia de éste”

<sup>14</sup> D. KITIĆ, *Droit international privé*, 2ª ed. Ellipses, Paris, 2018, p. 168.

<sup>15</sup> ECLI:EU:C:2009:271. FJ 50: “Por consiguiente, la regla del *forum rei sitae* establecida en el artículo 22, número 1, del Reglamento n° 44/2001 se refiere a la competencia judicial internacional de los Estados miembros y no a la competencia judicial interna de éstos.”

<sup>16</sup> ECLI:EU:C:1992:149.



la tierra pertenece al Estado. Es una idea de soberanía que quizá en otras épocas fuese más acertada de lo que resulta en la actualidad<sup>17</sup>. Hoy día, solo se puede explicar la existencia de estos foros por la salvaguarda de los intereses estatales en determinados casos concretos, como se explica más adelante en este trabajo.

17. La segunda explicación es que los litigios que versan sobre estas materias acaban, en la inmensa mayoría de los casos, con resoluciones que sólo se pueden ejecutar en el Estado cuyos tribunales tiene atribuida competencia exclusiva. Por ello, principios cardinales del sistema Bruselas como la buena administración de la justicia, el ahorro de costes procesales para los Estados miembros se refuerza si el mismo tribunal es competente con carácter exclusivo para pronunciarse sobre los aspectos declarativos y ejecutivos derivados de una misma controversia<sup>18</sup>.

#### IV. Una perspectiva actual de la justificación de las competencias exclusivas. El papel del registro de bienes inmuebles

18. En algunos supuestos surgen peliagudas dificultades para determinar la competencia judicial internacional en el caso de acciones reales o derivadas de arrendamientos que recaen sobre bienes inmuebles situados en dos Estados miembros. Es en estos casos de “inmuebles fronterizos”, donde la jurisprudencia del TJUE distingue entre “inmuebles contiguos” o “separados”. Esto se observa en su famosa sentencia de fecha 6 de julio de 1988, asunto 158/87, en el caso *Scherrens*<sup>19</sup>.

19. En el caso de “inmuebles separados”, si la acción afecta a una parte del inmueble, son competentes los tribunales del país donde se halla dicha “parte del inmueble”. Si la acción concierne al entero inmueble, son competentes con carácter concurrente ambas jurisdicciones sobre la parte del inmueble que se halla en su territorio. Por otro lado, en los supuestos de conflicto móvil, por ejemplo, si la finca se hallaba antes en Francia, pero ahora, en virtud de ciertos acuerdos bilaterales hispano-franceses, pasa a estar situada en España, la competencia exclusiva corresponde ahora a los tribunales españoles, como es el caso que nos ocupa en este análisis, el del AAP Navarra 9 noviembre 2018. El hecho de que la finca en su integridad esté registrada y conste en el catastro situado en Francia no impide la competencia internacional exclusiva de los tribunales españoles<sup>20</sup>. La finca se encuentra en territorio español y opera el foro previsto en el art. 24 del RB I-bis para determinar los tribunales competentes con carácter exclusivo.

20. En el caso de “inmuebles contiguos”, si el inmueble está casi enteramente situado en uno de los Estados, la competencia corresponde a los tribunales del Estado donde se ubica la mayor parte del inmueble, que conocerán del litigio, aunque una parte menor del inmueble se halle en otro Estado: *accessorium sequitur principale*. Si no es posible identificar una “parte relevante del inmueble” situada en un país, los tribunales de cada Estado conocerán del asunto en lo relativo a la parte del inmueble que se halla en su territorio. Esta última solución es criticable. La doctrina indica que pueden considerarse competentes los tribunales de ambos Estados en relación a la totalidad del inmueble y que las reglas de litispendencia y conexidad se aplicarán para evitar “dobles procesos”<sup>21</sup>.

21. No obstante, en ocasiones se observa que estos argumentos tienen una limitada validez, no son concluyentes en algunas ocasiones si se observan en el caso concreto. Porque esos argumentos del

<sup>17</sup> A.-L. CALVO CARAVACA / J. CARRASCOSA GONZÁLEZ, *Derecho internacional privado*, vol. II, 18ª ed., Ed. Comares, Granada, 2018, p. 1308.

<sup>18</sup> 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.

<sup>19</sup> ECLI:EU:C:1988:370.

<sup>20</sup> A.-L. CALVO CARAVACA / J. CARRASCOSA GONZÁLEZ, *Derecho internacional privado*, vol. II, 18ª ed., Ed. Comares, Granada, 2018, pp. 1309-1310.

<sup>21</sup> A.-L. CALVO CARAVACA / J. CARRASCOSA GONZÁLEZ, *Derecho internacional privado*, vol. II, 18ª ed., Ed. Comares, Granada, 2018, pp. 1308-1312. También, en H. GAUDEMET-TALLON, *Compétence et exécution des jugements en Europe*, Paris, L.G.D.J., 2010, pp. 210-215.

tipo: “soberanía”, proximidad máxima, correcta administración de justicia en general, práctica de prueba sobre el terreno en particular, correlación *forum ius*, ejecutabilidad de la decisión sobre el territorio. Son argumentos con un carácter excesivamente general, como señalan algunos autores<sup>22</sup>.

**22.** En concreto en alguna jurisprudencia del TJUE se observa que se invocan estos argumentos de forma genérica, como sucede en el apartado 25 de la STJUE *Virpi Kom vs. Pekka Komu*, FD 25<sup>23</sup>. Y que el propio tribunal intenta adecuar estos motivos prácticos a las características del litigio, manteniendo que, en apoyo de la competencia exclusiva de los órganos jurisdiccionales españoles por ser los del Estado de situación de los bienes incumbidos, cabe citar aspectos como la necesaria inscripción en el registro español de los actos y contratos de trascendencia real relativos a inmuebles sitios en España, la obligada subordinación del procedimiento de venta y de la práctica de la prueba al Derecho español, la frecuente realización de comprobaciones, investigaciones y peritajes privativos del lugar en donde estén ubicados los bienes, fundamento jurídico 31 de la precitada sentencia<sup>24</sup>.

**23.** Sin embargo, estos argumentos están lejos de ser totalmente convincentes, porque no salen airoso de las objeciones que, en términos generales, les han formulado cierto sector de la doctrina, antes citado. Al subrayar que dichas ventajas prácticas se debaten usualmente de manera sesgada como si fueran privativas de los pleitos inmobiliarios, lo que no se ajusta a la verdad, de hecho, existirían alternativas a las mismas dentro del sistema europeo de cooperación entre autoridades. Desde esta perspectiva, para el tribunal español, en el caso que se analiza de la Audiencia Provincial de Navarra, no sería lógico que se le impidiera conocer sobre el asunto porque la finca se encuentre inscrita en el registro francés. Una respuesta distinta se debería proporcionar si se discutiese sobre la validez de la inscripción registral, en ese supuesto, sí que sería una competencia exclusiva correspondiente a los órganos jurisdiccionales galos.

**24.** Como apunta la mejor doctrina, la justificación que atiende a la tesis de la soberanía es anacrónica, difícilmente sostenible hoy día. Por lo que la justificación de este foro como un foro exclusivo tiene un pobre valor en la actualidad. Son foros que se justifican más por la conveniencia para el Estado que para las partes. Y esto no sintoniza bien con los principios europeos de libertad, seguridad y justicia

<sup>22</sup> S. ÁLVAREZ GONZÁLEZ “Sentencia del Tribunal de Justicia de las Comunidades Europeas (Sala Primera), de 18 de mayo de 2005, Asunto C-343/04”, *Revista española de derecho internacional*, Vol. 58, N° 2, 2006, pp. 946-947. El mismo autor en “Distribución de competencias exclusivas en materia de arrendamientos de inmuebles”, *Revista Jurídica Española LA LEY, Suplemento Comunidades Europeas*, n° 52, 1989, pp. 12-15. Y de forma muy contundente, D.P. FERNÁNDEZ ARROYO, *Compétence exclusive et compétence exorbitante dans les relations privées internationales*, Recueil des Cours, T. 323, 2006, pp. 84-86. Y el mismo autor “Exorbitant and Exclusive Jurisdictions within European Legal Systems: Will They Ever Survive?”, *Festschrift für Erik Jayme*, Ed. Sellier, Munich, 2004, pp. 169-186.

<sup>23</sup> ECLI:EU:C:2015:833. FJ 25: “En lo que atañe al objetivo pretendido por las disposiciones antes citadas, tanto del informe sobre el Convenio relativo a la competencia judicial y a la ejecución de resoluciones judiciales en materia civil y mercantil (DO 1979, C 59, p. 1) como de asentada jurisprudencia del Tribunal de Justicia sobre el artículo 16, punto 1, letra a), del Convenio de Bruselas, que se puede trasponer al artículo 22, punto 1, párrafo primero, del Reglamento n° 44/2001, resulta que la razón fundamental de la competencia exclusiva de los tribunales del Estado miembro en el que esté situado el inmueble es la circunstancia de que el tribunal del lugar en el que se encuentra éste es el que, por la proximidad, está en mejores condiciones de tener un buen conocimiento de las situaciones de hecho y de aplicar las normas y los usos que, en general, son los del Estado en el que está situado el inmueble (véase, por analogía, la sentencia Weber, C-438/12, EU:C:2014:212, apartado 41 y la jurisprudencia citada).”

<sup>24</sup> ECLI:EU:C:2015:833. FJ 31: “En efecto, la transferencia del derecho de propiedad de los inmuebles objeto del litigio principal implicará la consideración de circunstancias de hecho y de derecho propias del factor de vinculación, tal y como se establece en el artículo 22, punto 1, párrafo primero, del Reglamento n° 44/2001, a saber, el lugar de ubicación de los inmuebles. Ello incluye, en especial, la circunstancia de que los derechos de propiedad de esos inmuebles, así como los derechos de usufructo que gravan esos derechos, son objeto de inscripción en el Registro de la Propiedad español conforme al Derecho español, o el hecho de que los procedimientos que regulan la venta, en su caso en subasta, de estos mismos inmuebles son los del Estado miembro en el que están situados éstos, o también el hecho de que, en caso de controversia, la obtención de pruebas se facilitará por la proximidad de ese lugar de ubicación. En ese sentido, el Tribunal de Justicia ya ha apreciado que, tratándose, en particular, de los litigios relativos a los derechos reales inmobiliarios, éstos deben, en general, juzgarse según las normas del Estado en el que esté situado el inmueble, y las controversias a las que den lugar requieren con frecuencia que se efectúen comprobaciones, investigaciones y peritajes que deben realizarse in situ (sentencia ČEZ, C-343/04, EU:C:2006:330, apartado 29 y la jurisprudencia citada).”

en el espacio europeo. Son foros monopolistas, cómodos para el juez, pero no para las partes que en ocasiones ven incrementados con carácter rígido los costes de litigación internacional, al tener que acudir a unos tribunales estatales sin posibilidad de acordar una sumisión a otros o de utilizar el foro general del domicilio del demandado, art. 4 del RB I-bis<sup>25</sup>.

**25.** En los casos en los que está en juego una cuestión de derechos reales inmobiliarios la justificación de la competencia judicial internacional de los tribunales en virtud del art. 24 del RB I-bis resulta complicada. Sobre todo, porque la justificación como ya se ha expuesto previamente se realiza en un doble sentido: por la soberanía del Estado (el territorio es propiedad del Estado) y por el principio de proximidad (conoce el tribunal del Estado más vinculado con el litigio que es donde se encuentra sito el inmueble). Esta es la fundamentación y justificación que aporta el TJUE en su jurisprudencia, por ejemplo, en la STJUE de 3 de abril de 2014, C-438/12, *Weber*, FD 41<sup>26</sup>. Pero en los casos en los que el litigio versa sobre la propiedad de un bien inmueble sito en España, entre dos sujetos nacionales franceses, por ejemplo, nada hace indicar que la vinculación con España del supuesto sea más fuerte que con los órganos jurisdiccionales franceses.

**26.** Este principio de proximidad aporta grandes beneficios al sistema en general de competencia judicial internacional del RB I-bis, consigue los objetivos que persigue el propio Reglamento: 1º) Consigue el objetivo de la previsibilidad que las partes en el procedimiento deben tener para saber cuál es el concreto tribunal competente para conocer del litigio internacional. Ya que, si el foro de competencia judicial internacional presenta una conexión real y sustancial con el supuesto litigioso, es decir, un nexo real y un vínculo estrecho y estable con el supuesto, las partes podrán prever de manera sencilla y razonable a qué concreto tribunal deberán acudir en caso de litigio. 2º) Por otra parte, la utilización de foros inspirados por el principio de proximidad también comportará a las partes costes reducidos de litigación internacional. En efecto, se supone que litigar ante “tribunales próximos al litigio” ahorra costes a dichos sujetos. La historia del Derecho internacional privado ha girado siempre en torno a la idea de ofrecer el escenario jurídico más económico o eficiente para resolver los litigios internacionales suscitados entre los particulares.

**27.** Lo que justifica en realidad, a día de hoy, que existan esos foros de competencia judicial internacional con carácter exclusivo es que esos bienes inmuebles deban de inscribirse en el registro de la propiedad de cada país, donde esté sito el bien inmueble. Ese es el verdadero interés público o estatal en el que se debería basar los foros que recoge el art. 24 del RB I-bis. Es un dato incontestable que un registro es la oficina pública a la que el ciudadano necesariamente debe acudir para lograr los efectos, las garantías y la tutela que el derecho condiciona a la formalidad de la inscripción. Existen diferentes ejemplos de registros, en España contamos con numerosos tipos: de la propiedad, civil, de asociaciones, mercantil, etc. Y aunque regulan cuestiones muy diversas, todos ellos todos los registros obedecen a un interés público en el tráfico jurídico, sea del tipo que sea: financiero, asociativo, inmobiliario, intelectual o industrial. La función registral tiene ese innegable carácter público. El hecho de que los inmuebles deban de inscribirse en el registro de la propiedad, es la que justifica la existencia de esa competencia exclusiva hoy día.

**28.** El legislador europeo en la redacción del art. 24 del RB I-bis se inspira en las legislaciones en las que la inscripción de los derechos en los registros públicos es necesaria para que se complete la adquisición del derecho de propiedad sobre bienes inmuebles. El legislador europeo recoge el modelo

<sup>25</sup> A.-L. CALVO CARAVACA / J. CARRASCOSA GONZÁLEZ, *Derecho internacional privado*, vol. II, 18ª ed., Ed. Comares, Granada, 2018, p. 1307. También, D.P. FERNÁNDEZ ARROYO, *Compétence exclusive et compétence exorbitante dans les relations privées internationales*, Recueil des Cours, T. 323, 2006, pp. 84-86. Y en su otro trabajo, “Exorbitant and Exclusive Jurisdictions within European Legal Systems: Will They Ever Survive?”, *Festschrift für Erik Jayme*, Ed. Sellier, Munich, 2004, pp. 169-186.

<sup>26</sup> ECLI:EU:C:2014:212. FD 41: “Desde este punto de vista, es preciso tener en cuenta el hecho de que la razón fundamental de la competencia exclusiva de los tribunales del Estado miembro en el que esté situado el inmueble es la circunstancia de que el tribunal del lugar en el que se encuentra el inmueble es el que, habida cuenta de la proximidad, está en mejores condiciones de tener un buen conocimiento de las situaciones de hecho y de aplicar las normas y los usos que, en general, son los del Estado en el que está situado el inmueble”

alemán donde la transmisión del derecho real se completa con la necesaria inscripción de éste en el registro de la propiedad alemán, que es lo que recoge el apartado primero del art. 24 del RB I-bis. Porque lo cierto es que detrás de la gran mayoría de los litigios reales inmobiliarios se encuentra una inscripción o modificación que debe hacerse sobre el registro del Estado donde se encuentra sito el bien inmueble. Los apartados tercero y cuarto del precitado artículo se justifican por la inscripción de esos derechos en registros públicos de un Estado en concreto. En ese caso sí que es lógico que solo sean competentes para conocer de esos tipos de litigios los tribunales del Estado donde se encuentra el registro.

**29.** La verdadera razón de que existan los foros de competencia judicial internacional exclusivos es la salvaguarda del interés soberano de los Estados sobre los inmuebles que se encuentran en su territorio. Son foros egoístas, que solo se observan en el Reglamento Bruselas I bis. No se observan en los últimos Reglamentos europeos, que regulan otras cuestiones, conectadas con el Derecho patrimonial pero excluidas del ámbito de aplicación del RB I-bis. Se debería abandonar la anacrónica idea que sigue impregnando los foros exclusivos del RB I-bis de que la tierra pertenece al rey. Los problemas que se plantean normalmente envuelven intereses entre particulares, y se debe de focalizar esta cuestión, los intereses que deben estar protegidos son los de esos particulares, no los del Estado.

**30.** Esta cuestión encuentra apoyos en otros instrumentos europeos como lo son el Reglamento 650/2012<sup>27</sup>, relativo a las sucesiones por causa de muerte, o los recentísimos y novedosos Reglamento 2016/1103<sup>28</sup> y Reglamento 2016/1104<sup>29</sup>, en materia de régimen económico matrimonial y de efectos patrimoniales de las uniones registradas.

**31.** Estos instrumentos atribuyen la competencia judicial internacional con carácter general a los órganos jurisdiccionales del Estado de residencia habitual del causante, los esposos o los convivientes. Ciertamente, con matices, en los casos de sucesiones, y de uniones matrimoniales y de parejas de hecho.

**32.** Respectivamente, estos instrumentos legales para el conocimiento de las acciones judiciales que conducen a la división del patrimonio hereditario, conyugal o “convivencial”, aunque en el mismo se contengan bienes inmuebles. En los supuestos de sucesiones internacionales es posible que conozcan los tribunales del Estado de la nacionalidad del causante vinculada a una previa *professio iuris* de éste a su ley nacional, como ley que debe regir su sucesión.

**33.** En los casos de las uniones matrimoniales y de parejas de hecho, puede darse, en primer lugar, una agrupación de litigios para que dirima la controversia patrimonial entre cónyuges o partenaires el juez de la sucesión o, si las partes así lo convienen, el del divorcio o el de la disolución de la pareja; y, en segundo lugar, cabe una elección limitada de foro por medio de una fórmula que, con diferencias significativas, se inspira en el Reglamento sucesorio europeo 650/2012.

**34.** Y es por estas razones por las que los foros de competencia judicial internacional exclusiva solo se deberían activar cuando el tribunal de un Estado deba de conocer de un litigio que comprometa ciertamente los intereses estatales o públicos vinculados al caso concreto.

---

<sup>27</sup> 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, páginas 107 a 134.

<sup>28</sup> 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. “DOUE” núm. 183, de 8 de julio de 2016, páginas 1 a 29.

<sup>29</sup> Reglamento (UE) 2016/1104 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 efectos patrimoniales de las uniones registradas. “DOUE” núm. 183, de 8 de julio de 2016, páginas 30 a 56.

## V. Los cambios de frontera. Los tratados bilaterales entre España y Francia

35. Se debe hacer referencia a un dato previo resulta necesario en este punto: el 90% de las fronteras de Europa tienen menos de un siglo. Con este apunte que habla por sí solo de la movilidad de las fronteras de los Estados se hace notar que la problemática que se plantea en este litigio no es un caso aislado. Es cierto que la frontera de España con Portugal, una parte de la frontera de España con Francia, la mayor parte de la frontera de Suiza y la delimitación de Francia y Bélgica son las fronteras más antiguas del continente que siguen vivas en su mayor parte. Pero aun así la delimitación actual de las mismas es sorprendentemente cercana en el tiempo. Y en ocasiones, como se da en este caso, los Estados revisan sus Convenios bilaterales que establecen esas fronteras y los reajustan, con actas de replanteo como se observa en este auto.

36. Sin duda alguna, si se analizan las fronteras como un todo fijo será un error. En el caso de la frontera franco-española se toma como referencia de su fijación el Tratado de Bayona de 1856<sup>30</sup>. Pero el último tramo delimitado, el que define el trazado actual, pertenece a 1985, establecido con los acuerdos Schengen. Esto es así porque ese año la frontera anterior fue modificada en el trazado entre los pueblos vascos de Arete e Isaba, en Navarra. Una extensión de 0,27 hectáreas “cambiaron de Estado” en virtud de un acuerdo entre los dos países, España y Francia que rectificaba el trazado de la frontera, que está cuidadosamente marcado por alrededor de 600 mojones a lo largo de su recorrido.

37. Precisamente es en esta zona donde todavía existen dos situaciones de soberanía estatal muy características y particulares: la Isla de los Faisanes y el País Quinto o también conocido como Quinto Real.

38. La Isla de los Faisanes es una isla deshabitada situada en la desembocadura del Bidasoa que cada año cambia de país, concretamente cada seis meses. Medio año es española y el otro medio francesa. Desde hace 350 años aproximadamente se celebra la ceremonia del cambio de jurisdicción, en cumplimiento del tratado de los Pirineos de 7 de noviembre de 1659, celebrado entre la corona de España y la corona francesa.

39. El Quinto Real, conocido como Kintoa en vasco, y Pays Quint en francés, es un territorio que se encuentra situado en la zona fronteriza franco-española. En concreto, al sur del valle de los Aldudes, en el País Vasco francés. La jurisdicción sobre este territorio pertenece a España, aunque es explotado por Francia, la mayoría de servicios (postales, eléctricos, etc.) los proporciona el Estado francés, España presta los servicios de seguridad, interviene la guardia civil. Con los datos anteriores apuntados, el tratado de 1856 celebrado entre España y Francia otorgaba a España la propiedad del territorio, y a Francia el aprovechamiento indiviso de la parte norte del territorio, así como el aprovechamiento de la parte sur en la vertiente del valle de Baigorri para el pastoreo de los rebaños a cambio de una renta anual<sup>31</sup>. En este bosque donde viven en la actualidad unas seis familias francesas, podrían surgir problemáticas similares a las que presenta el auto de la Audiencia provincial de Navarra, en cuanto a las competencias exclusivas que determina el artículo 24 del RB I-bis.

## VI. La Ley aplicable a los casos de bienes inmuebles fronterizos

40. En cuanto a la Ley aplicable a estos inmuebles fronterizos, que son las propiedades inmuebles situadas en territorios sometidos a distintas soberanías estatales, se deben de realizar algunas precisiones.

41. En el Derecho internacional privado español la determinación de la Ley aplicable a este tipo de bienes no se determina con arreglo a ningún Reglamento de producción europea. Por lo tanto, se debe

<sup>30</sup> PDF de los documentos internacionales del reinado de Isabel II, perteneciente a la biblioteca de la Universidad de Sevilla: <http://fama2.us.es/fde/oct/2007/documentosInternacionalesDelReinadoDeIsabelII.pdf>

<sup>31</sup> G. MOUTCHE, (2010). *Que dissent les maisons basques?*, Ed. Atlantiques, 2010, Biarritz, 2010, p. 149.

acudir al art. 10.1 del CC español. Esta norma señala la Ley reguladora de los “derechos reales” sobre los bienes considerados singularmente, bienes *uti singuli*. El texto afirma: “La posesión, la propiedad y los demás derechos sobre bienes inmuebles, así como su publicidad, se regirán por la ley del lugar donde se hallen. La misma ley será aplicable a los bienes muebles”. Esta norma recoge la conocida regla *Lex Rei Sitae*, por lo que los derechos reales sobre los bienes, tanto muebles como inmuebles, quedan sometidos, con carácter general, a la Ley del país donde tales bienes se hallan situados. Pero bien, esta es una norma principal, que establece esa solución para los casos simples, ordinarios.

42. En los casos específicos, como pueden ser el de inmuebles fronterizos, la solución a la que conduce el art. 10.1 del CC español no es una solución adaptada a esos casos. Se debe sofisticar esta norma, y si se extrae el principio de la norma que es la conducción a la aplicación de una sola norma, la regla para los casos especiales debería de encontrarse en lo que la mejor doctrina ha apuntado en este sentido. Por lo que varias soluciones se han sostenido en relación con estos bienes por parte de la doctrina y a continuación se exponen:

43. La primera tesis, la tesis tradicional, es la que apunta a la aplicación de la *Lex Rei Sitae radical*. La doctrina tradicional defendió una aplicación radical y literal de la regla *Lex Rei Sitae*. De tal modo, la “parte del inmueble” situada en cada Estado se sujetará a la Ley de dicho Estado<sup>32</sup>. Pero esta solución es poco satisfactoria, pues en la práctica, conduce a tratar al inmueble fronterizo como si fueran “dos inmuebles”, dos propiedades distintas, sometidas a dos Leyes nacionales diferentes.

44. La segunda tesis, la tesis moderna, conduce a la aplicación de una ley única. Esta es una solución alternativa, inspirada en la STJCE 6 julio 1988, *Scherrens*, que puede también hacerse valer. En el plano de la Ley aplicable esta tesis indica que debe aplicarse, exclusivamente, la Ley del Estado donde se halla la “parte más relevante” o “parte principal” del inmueble. Es decir, se aplica la norma proveniente del Derecho romano *accessorium sequitur principale*. Esta jurisprudencia ha sido empleada por el TJUE en otros casos. Señala el TJUE en su famosa sentencia del caso *Shenavai* que “el juez al que se ha acudido habrá de orientarse, para determinar su competencia, de acuerdo con el principio según el cual lo accesorio sigue a lo principal; dicho en otros términos, será la obligación principal, entre varias obligaciones en cuestión, la que establezca su competencia”<sup>33</sup>.

45. Esta solución impulsa la aplicación de una Ley previsible para los sujetos que se ven envueltos en estos supuestos y simplifica la cuestión de la Ley aplicable, pues sólo hay una Ley aplicable y no dos, potencia la unidad legal. Y esto respeta perfectamente el principio de previsibilidad y de apariencia. En el supuesto en que no exista una “parte más relevante” del inmueble contiguo, no queda más alternativa que la “solución tradicional”: la parte del inmueble situada en cada Estado se regulará por la Ley de dicho Estado<sup>34</sup>.

46. Esta solución basada en los principios de proximidad y previsibilidad encuentra límites. El objetivo que persiguen estos principios es que el acceso a la justicia sea efectivo. El principio de proximidad no genera costes excesivos ni desproporcionados para los particulares implicados en el litigio internacional, pues permite una respuesta judicial real y verdadera a las pretensiones jurídicas de los particulares. Pero también se presentan límites a estos principios, es la conocida paradoja de Alaska. En efecto, si una norma de conflicto española o europea indicara que el litigio entre dos particulares que residen habitualmente en Madrid se debe regir por el Derecho de Alaska, dicha norma de conflicto sería inconstitucional porque obligaría a los particulares a seguir un proceso judicial con costes muy elevados,

<sup>32</sup> O. CACHARD, *Droit international privé*, 2ª Ed., Ed. Larcier, 2013, pp. 242-245.

<sup>33</sup> STJCE 15 enero 1987, 266/85, *Shenavai vs. Kreisler*, ECLI:EU:C:1987:11. FJ 19. Y este principio es una solución y guía para el tribunal que trata de forma clara J. Carrascosa González, “The Internet - Privacy and rights relating to personality”, *Recueil des cours de l'Academie de droit international*, The Hague, 2016, vol. 378, Brill Nijhoff, Leiden/Boston, pp. 261-486.

<sup>34</sup> A.-L. CALVO CARAVACA / J. CARRASCOSA GONZÁLEZ, *Derecho internacional privado*, vol. II, 18ª ed., Ed. Comares, Granada, 2018, p. 1330.

y esto equivaldría a una tutela judicial “no efectiva”, a un proceso judicial “no equitativo”. La norma de conflicto vulneraría si actúa de ese modo el art. 24 CE 1978 y el art. 6 CEDH 1950.

## VII. Conclusiones

**47.** A continuación, se exponen las conclusiones finales de este trabajo, que analiza un supuesto de competencia judicial exclusiva de los tribunales españoles sobre un bien inmueble situado en la frontera pirenaica de España con Francia.

**48. Conclusión primera.** La justificación de los foros de competencias exclusivas en la actualidad no se debe demostrar con argumentos que eran válidos en otras épocas históricas, por ejemplo, cuando los intereses soberanos primaban porque la tierra pertenecía al rey, al Estado. Incluso, como se ha explicado en este trabajo, el principio de proximidad del órgano jurisdiccional que conoce del asunto con el Estado sobre el que se encuentra sito el inmueble, es un argumento débil en determinados casos. La única fundamentación que hoy día puede considerarse válida para justificar la existencia de estos foros es el carácter público de los registros de la propiedad donde deben de ser inscritos los derechos sobre los bienes inmuebles sitos en el Estado a cuyos tribunales se les otorga la competencia por el art. 24 del RB I-bis. El papel de salvaguarda de intereses públicos de los registros es la justificación a estos foros en la actualidad. El legislador europeo piensa a la “alemana” cuando crea esta norma. En la legislación alemana la transmisión de inmuebles y el procedimiento registral están regulados por el Código Civil alemán (BGB) que entró en vigor en el año 1900, y la Ley reguladora del Registro de la Propiedad (GBO) que especifica el procedimiento a seguir para las inscripciones en el Registro. Esa transmisión se produce con la suma de dos pasos: el principio de abstracción y la inscripción registral constitutiva. El principio de abstracción distingue entre el negocio jurídico que transmite del traspaso de la propiedad real. El negocio jurídico que da lugar a la transmisión es jurídicamente independiente del traspaso real de la propiedad, el contrato de compraventa no transfiere la propiedad, sólo obliga a transferirla. En el traspaso del dominio se produce mediante otro negocio jurídico de disposición que, en el caso de inmuebles, recibe la denominación de traditio o entrega (= *Auflassung*). La transferencia efectiva de la propiedad de un inmueble requiere de dos elementos: el acuerdo real de traspaso de la propiedad (= la *traditio* o entrega) y su inscripción en el Registro de la Propiedad.

**49. Conclusión segunda.** El carácter irrevocable del foro exclusivo de competencia frente a las cláusulas de derogación de la competencia se debe a la protección que otorga el mismo. La exclusividad del foro no debería verse afectada por el cambio de la frontera o el reajuste que se hace sobre la misma entre los Estados, en este supuesto entre Francia y España, a la hora de establecer la competencia judicial del tribunal. Pero claro que puede plantear la dificultad de ofrecer una solución eficiente a los supuestos en los que existan inmuebles que se encuentren en un país y pasen a estar sitos en otro. O incluso, que algunas de sus partes estén divididas entre un país u otro. En estos casos de conflicto móvil, se soluciona esta cuestión con el otorgamiento de la competencia exclusiva de los órganos jurisdiccionales del Estado donde se encuentra sito el bien inmueble. Esta solución es óptima porque respeta firmemente el fundamento de estos foros exclusivos. Cuando una parte mayoritaria del inmueble se encuentra sita en un Estado, sus órganos jurisdiccionales tendrán la competencia para conocer del litigio. Incluso si una parte mínima del mismo se encuentra resituada en otro Estado, como es el caso que nos ocupa, la competencia será de los tribunales del Estado donde se encuentra sito el bien inmueble mayormente. El aforismo latino *accessorium sequitur principale* reaparece para aportar una solución eficiente, tal como el TJUE dictó en su famosa sentencia del caso *Scherrens*, de 6 de julio del año 1988.

**50. Tercera conclusión.** La Ley aplicable a los inmuebles fronterizos debería seguir la tesis moderna inspirada también en la STJUE del caso *Scherrens*, de este modo se garantiza la seguridad jurídica de las partes para que se aplique un Derecho estatal previsible para las mismas y sus pretensiones. Siempre que una parte del inmueble, significativamente se encuentre en un Estado, como es el supuesto

del AAP de Navarra que se analiza. El eterno retorno del Derecho romano como una solución óptima a los problemas de nuestros días: la parte accesoria sigue a la principal. Esta solución consigue respetar fielmente los principios de buena administración de la justicia y de previsibilidad para las partes. Y respeta los principios tanto a nivel conflictual como a nivel sustantivo en el Derecho internacional. Esta es una solución que respeta la eficiencia conflictual, siempre será más eficiente litigar en un solo país que en dos, aplicar una ley estatal que dos al mismo caso. Los particulares deben de informarse de un solo Derecho estatal y se respeta la soberanía de los Estados.



RÉGIMEN DE ALEGACIÓN Y PRUEBA DEL DERECHO  
EXTRANJERO Y *LEX LOCI DELICTI COMMISSI*. COMENTARIO  
A LA SENTENCIA DE LA AUDIENCIA PROVINCIAL DE LAS  
ISLAS BALEARES DE 13 DE DICIEMBRE DE 2018

SCHEME OF ALLEGATION AND PROOF OF FOREIGN LAW  
AND *LEX LOCI DELICTI COMMISSI*. COMMENT ON  
THE JUDGMENT OF THE SPANISH COURT OF APPEAL  
OF THE BALEARIC ISLANDS OF 13 DECEMBER 2018

ALFONSO ORTEGA GIMÉNEZ\*

*Profesor Contratado Doctor de Derecho internacional privado  
Universidad Miguel Hernández de Elche (acreditado a profesor titular de Universidad)*

ORCID ID: 0000-0002-8313-2070

Recibido: 23.05.2019 / Aceptado: 11.06.2019

DOI: <https://doi.org/10.20318/cdt.2019.5014>

**Resumen:** El Derecho extranjero debe alegarse y probarse en lo que a su existencia, vigencia y contenido se refiere, permitiendo al Tribunal valerse de los medios de averiguación que estime necesarios para su aplicación. Es a la parte que lo invoque a quien corresponde demostrar el contenido y su vigencia. Así se aprecia en la Sentencia de la Audiencia Provincial de las Islas Baleares de 13 de diciembre, de 2018, donde la parte demandada presenta dos informes sobre el Derecho extranjero; el Tribunal rechaza ambos informes señalando que en ellos no se aprecia ninguna especialidad del derecho extranjero sobre la titularidad del bien; respecto al informe sobre la legitimación pasiva conforme al derecho de Curazao y Holanda resultaba innecesario tratándose de una obligación no contractual, por lo que en virtud de la *Lex Loci Delicti Commissi* será de aplicación la Ley española, al haberse producido el daño en territorio nacional.

**Palabras clave:** Derecho extranjero, *Lex Loci Delicti Commissi*, obligaciones extracontractuales.

**Abstract:** The foreign Law must be alleged and proven as to its existence, validity and content, allowing the Court to use the means of inquiry it deems necessary for its application. It is the party that invokes it to whom it corresponds to demonstrate the content and its validity. This is seen in the Judgment of the Spanish Court of Appeal of the Balearic Islands of 13 December 2018, where the presents two reports on foreign law; the Court rejects both reports noting that they do not see any specialty of foreign law on the ownership of the property; Regarding the report on passive legitimation under the law of Curaçao and the Netherlands, it was unnecessary in the case of a non-contractual obligation, so under the *Lex Loci Delicti Commissi* the Spanish Law will apply, since the damage occurred in the national territory.

**Keywords:** Foreign law, *Lex Loci Delicti Commissi*, non-contractual obligations.

---

\*alfonso.ortega@umh.es

**Sumario:** Planteamiento. II. Hechos, alegaciones de las partes y cuestiones controvertidas. III. Alegación y prueba del derecho extranjero. 1. La necesidad de prueba del Derecho extranjero. 2. Forma de probar el Derecho extranjero. 3. Objeto de la prueba del Derecho extranjero. 4. Medios de prueba del Derecho extranjero. 5. Consecuencias de la no alegación o prueba del Derecho extranjero. IV. Aplicación de la *Lex Loci Delicti Commissi*. V. Consideraciones finales.

## I. Planteamiento

1. Determinar cuándo, por qué y cómo deben aplicarse las leyes extranjeras ha sido, es y será un tema de notable interés para el Derecho internacional privado. El Derecho extranjero tiene que ser introducido a través de los mecanismos previstos para la prueba dentro del proceso. La cuestión de la aplicación del Derecho extranjero ha entrado en una nueva dimensión con ocasión de la regulación ofrecida sobre el tema, en su día, por la Ley 1/2000, de 7 de enero, de Enjuiciamiento Civil (LEC)<sup>1</sup>: los artículos 281.2 y 282 dan cuerpo a un sistema de prueba del Derecho extranjero de textura abierta. El artículo 281.2 obliga a alegar y probar el Derecho extranjero en su contenido y vigencia, permitiendo al tribunal valerse de los medios de averiguación que estime necesarios para su aplicación; y, hoy, con los artículos 33 y 34 de la Ley 29/2015 de Cooperación Jurídica Internacional (en adelante LCJI)<sup>2</sup>.

2. En los casos en los que se aplica Derecho extranjero, la parte interesada en su aplicación deberá: primero, fundamentar su demanda en el Derecho extranjero y, segundo, probar el Derecho extranjero, una vez justificados esos dos extremos, dependerá del Juez la aplicación, a cuyo fin podrá desplegar la actividad que estime necesaria. El contenido no puede limitarse a presentar un Código normativo, sino toda la legislación aplicable al caso, la general y especial, de acuerdo con los mecanismos de interpretación propios de la Legislación en la que estén integradas las normas cuya aplicación se pretenda.

En el caso en el que las partes argumenten en base al Derecho extranjero, pero no lo prueban: el tribunal deberá realizar dos operaciones: a) En la audiencia previa al juicio, advertirá a las partes en este sentido: éstas deben proponer la práctica de la prueba del Derecho extranjero. El tribunal advertirá a las partes de las consecuencias que tendrá el no hacerlo (= artículo 429.1.II de la LEC); y b) Si pese a ello, las partes no prueban el Derecho extranjero, éste no podrá aplicarse y el tribunal tampoco deberá probarlo. Dictará sentencia y desestimarás las pretensiones de las partes.

## II. Hechos, alegaciones de las partes y cuestiones controvertidas.

3. La Audiencia Provincial de Baleares en el caso que nos ocupa es un *vademécum* de criterios *iusinternacionalprivatistas*: determinación de la competencia judicial internacional para conocer de una reclamación de responsabilidad civil extracontractual (= *forum damni*), recurriendo a la *lex fori regit processum* para determinar la ley procesal aplicable al supuesto; aplicación del régimen de alegación y prueba del Derecho extranjero; y, determinación de la ley aplicable al supuesto concreto (= *lex loci delicti commissi*).

4. La parte actora (TELEFÓNICA DE ESPAÑA S.A.U.) se alza contra la resolución de instancia que desestima su pretensión de condena a las demandadas (VICTORIUS SHIPPING COMPANY N.V. y asegurado en KUIPER VERZEKERINGEN B.V.) al abono de 376.367,86 euros. La pretensión se fundamenta en que en fecha de 16 de junio de 2013 el buque “Dwinger”, propiedad de VICTORIUS SHIPPING COMPANY N.V. y asegurado en KUIPER VERZEKERINGEN B.V., hallándose fondeado en Cala Jondal, enganchó un cable submarino de fibra óptica propiedad de la actora que enlazaba las islas de Ibiza y Formentera, privando a éstas del servicio de datos (ADSL y 3G) prestado por la actora. El coste de la reparación de los daños y el lucro cesante derivado del siniestro asciende a la cantidad que reclama.

<sup>1</sup> BOE núm. 7, de 8 de enero de 2000.

<sup>2</sup> BOE núm. 182, de 31 de julio de 2015.

La resolución de instancia desestima la demanda por no estimar acreditado que los daños en el cable submarino fueran causados por el buque “Dwinger”, que éste fuera propiedad de la codemandada VICTORIUS SHIPPING COMPANY N.V, ni que el daño fuera imputable a la entidad demandada. Partiendo de que no es controvertido que el cable submarino que identifica la actora sufriera daño, la primera cuestión que se impone abordar es la relativa a si es imputable al buque “Dwinger” en la medida en que la demanda se desestima por no considerar acreditado que así fuera. Para ello, y dado que en el procedimiento concurre elemento extranjero atendido el pabellón del “Dwinger” y la nacionalidad holandesa de las entidades codemandadas, debe precisarse la normativa aplicable. La legislación procesal española es la aplicable al procedimiento en curso conforme al artículo 3 de la Ley de Enjuiciamiento Civil.

5. La naturaleza extracontractual de la responsabilidad que se pretende hace aplicable el 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 (= Reglamento “Roma II”)<sup>3</sup>, conforme a sus artículos 1 a 3; lo que, a su vez, determina de acuerdo con su artículo 4, la aplicación de la Ley española al haberse producido el daño en territorio nacional.

Partiendo de la normativa aplicable y del nuevo examen de la prueba practicada, debe considerarse que fue el buque “Dwinger” el que dañó el cable submarino. Así se recoge en las pruebas realizadas como que la nave se hallara localizada y fondeada en el lugar que coincide con la localización del cable submarino y que coincide con en el diario de navegación del buque incorporado a las actuaciones (38°, 51,733 N), por los informes de los peritos se descarta de que el daño fuese producido por otras embarcaciones debido a sus características. El propio Capitán de la nave, reconoció ante Capitanía Marítima que hallándose fondeada, no pudo abandonar el lugar por no poder subir el ancla al haberse enganchado, viéndose obligado a pernoctar para el día siguiente recabar la ayuda de un buzo quien señaló que el ancla se hallaba enganchada a un cable submarino, lo que se aprecia en las fotografías que tomó.

Confirmado que el daño fue causado por el buque se analiza el motivo de oposición de la codemandada VICTORIUS SHIPPING COMPANY N.V. quien señala no ser su titular al tiempo de ocurrir los hechos, comprobado el certificado de registro, figura como titular del buque VICTORIUS SHIPPING COMPANY N.V. Pese a esta prueba en su escrito de contestación a la demanda niega ser la titular, sin identificar a quien pudiera serlo, no acompañando documentación alguna y anunciando la incorporación de dos dictámenes de expertos en Derecho neerlandés sobre la titularidad del bien y la identidad de las personas jurídicas. Se incorporaron los informes con anterioridad a la celebración de la audiencia previa conforme al artículo 337.2 de la LEC. El informe que se incorpora se fundamenta en los asientos registrales que se acompañan, sin añadir ninguna especialidad del Derecho extranjero sobre la titularidad del bien en los términos de los artículos 33 y 34 de la LCJI, limitándose a señalar que la información que ofrece el registro es de acceso público. En cuanto al segundo de los informes relativo a la legitimación de la demandada, como se expuso anteriormente, conforme los artículos 4 y 15 Reglamento “Roma II”, tratándose de obligación no contractual, la determinación de las personas que puedan considerarse responsables por sus propios actos se rige por la ley del lugar en que se produjo el daño, por lo que un informe sobre la legitimación pasiva conforme al derecho de Curazao y Holanda resulta impertinente conforme a los artículos 281 y 282 de la LEC. Partiendo de las anteriores consideraciones, debe apreciarse la legitimación pasiva de la entidad demandada ya que la parte demandada contesta a la demanda sin especificar la causa por la que dejó de ser titular del buque, sin identificar a quien pudiera serlo y sin acompañar documentación alguna al respecto.

6. Por otro lado, la codemandada KUIPER VERZEKERINGEN B.V. niega su legitimación pasiva, sosteniendo que es mero intermediario, no entidad aseguradora, presentando dos informes de expertos: uno, sobre las actividades a que se dedica la demandada; y, otro, sobre si debe responder del siniestro. Al escrito de contestación a la demandada no se incorporó documentación alguna y, ni siquiera, se identificó qué entidad pudiera ser la aseguradora pese a sostener la codemandada que es una mera intermediaria. Por lo que se considera la legitimación pasiva por la actividad que señala en su página

<sup>3</sup> DOUE núm. 199, de 31 de julio de 2007.

en la que figura bajo su denominación social “seguros de yates”. También resulta de los correos que remitió una vez tuvo conocimiento del siniestro y en los que se identifica como aseguradora del velero, ofreciendo información sobre la responsabilidad contratada y solicitándola sobre los daños que pudiera haber causado el buque.

La resolución de instancia niega la responsabilidad que se reclama en la demanda, considerando que la actora, como propietaria del cable, asumió el riesgo de que éste resultara dañado al no limitar la zona de fondeo, hasta después de ocurrido el siniestro, apoyándose en diversas sentencias como la de 13 julio de 2017 (objetivación de la culpa en el ámbito de la responsabilidad extracontractual) en el mismo sentido se pronuncian las sentencias del Tribunal Supremo de 15 de junio de 2001 y de 24 de julio del mismo año, entre otras muchas. Sobre la diligencia que exija la naturaleza de la obligación y corresponda a las circunstancias del tiempo y del lugar se mencionan las sentencias del Tribunal Supremo de 6 de febrero y 25 de mayo de 2001. Sobre la teoría del riesgo las sentencias del Tribunal Supremo de 19 de junio de 2000 y 17 de octubre de 2001, entre otras muchas. Toda esta evolución jurisprudencial hace referencia al elemento subjetivo o culpa correspondiendo al perjudicado y a la plena acreditación tanto del daño –elemento objetivo– como del nexo de causalidad –elemento causal–, pues no hay responsabilidad si no se acredita directa o indirectamente cual fuera el acto inicial desencadenante del evento lesivo STS de 18 de diciembre de 1989, sentencias del Tribunal Supremo de 10 de marzo de 1987 y 2 de septiembre de 1997. En igual sentido señala la sentencia del Alto Tribunal de 30 de noviembre de 2001, que “la determinación del nexo causal no puede fundarse en conjeturas o posibilidades, y aunque no siempre se requiere la absoluta certeza, por ser suficiente (en casos singulares) un juicio de probabilidad cualificada”.

7. Considerando los elementos expuestos, no se comparte la apreciación del Magistrado de instancia. Con independencia de que en la Cala de autos no estuviera prohibido fondear en el momento en que ocurre el siniestro, lo que no depende de la parte actora sino de la Autoridad marítima correspondiente, no es controvertido que la existencia y localización del cable submarino se hallaban indicadas en todas las cartas náuticas, sirviendo de advertencia a las embarcaciones que navegaban por la zona. Ello obligaba a quienes navegaban por la Cala a adoptar las oportunas precauciones para evitar no solo el daño al cableado, sino, incluso, a la propia embarcación. No consta que se adoptara precaución alguna en el supuesto de autos, reconociendo incluso el Capitán que intentó subir el ancla enganchada al fondo, viéndose obligado a abandonar la maniobra ante la imposibilidad de izarla. Ello evidencia que el responsable del buque no tomó conciencia en ningún momento de la causa que le impedía abandonar el lugar, pese a que la existencia del cable se hallaba debidamente reflejada en la documentación náutica.

Esa falta de previsión y cautela pese a la advertencia contenida en documentación de obligado conocimiento para la tripulación de una nave, hacen responsable del daño a la propietaria del buque y a su entidad aseguradora.

8. En suma, la Sala estima el recurso de apelación interpuesto por TELEFÓNICA DE ESPAÑA S.A.U. contra la Sentencia dictada en fecha en fecha de 12 de junio de 2018 por el Juzgado de Primera Instancia Nº 1 de Ibiza. En consecuencia, se revoca la expresa resolución dejándola sin efecto, y en su lugar, se estima la demanda interpuesta por TELEFÓNICA DE ESPAÑA S.A.U. contra VICTORIUS SHIPPING COMPANY N.V. y KUIPER VERZEKERINGEN B.V, condenando a éstas a abonar a la parte actora la cantidad de 375.262,86 euros. Se impone a la parte demandada el pago de las costas procesales causadas en la instancia, sin hacer expresa declaración respecto a las causadas en esta alzada. Se acuerda la devolución del depósito constituido para la interposición del recurso.

### III. Alegación y prueba del Derecho extranjero.

#### 1. La necesidad de prueba del Derecho extranjero

9. El artículo 281 de la LEC exige la prueba del Derecho extranjero porque el tribunal no tiene la obligación de conocer la Ley extranjera, sólo está obligado a conocer las normas jurídicas españolas

escritas. Es por esta razón que cada vez que tenga que aplicarse un Derecho extranjero, éste deberá ser probado en el concreto proceso en que se invoque.

Para clarificar la situación actual sobre la prueba del Derecho extranjero en los tribunales españoles es necesario iniciar una lectura pormenorizada del artículo 281 LEC:

“1. La prueba tendrá como objeto los hechos que guarden relación con la tutela judicial que se pretenda obtener en el proceso.

2. También serán objeto de prueba la costumbre y el derecho extranjero. La prueba de la costumbre no será necesaria si las partes estuviesen conformes en su existencia y contenido y sus normas no afectasen al orden público. El derecho extranjero deberá ser probado en lo que respecta a su contenido y vigencia, pudiendo valerse el tribunal de cuantos medios de averiguación estime necesarios para su aplicación.

3. Están exentos de prueba los hechos sobre los que exista plena conformidad de las partes, salvo en los casos en que la materia objeto del proceso esté fuera del poder de disposición de los litigantes.

4. No será necesario probar los hechos que gocen de notoriedad absoluta y general.”

Este artículo nos posiciona la prueba del Derecho extranjero fuera de los hechos procesales, y de donde se extrae que “el Derecho extranjero debe probarse en lo que respecta a su contenido y vigencia, pudiendo valerse el Tribunal de cuantos medios de averiguación estime necesarios para su aplicación”. En este precepto se diferencia entre la “prueba del contenido y vigencia” del Derecho extranjero, cuya obligación recae sobre la parte que lo alega, y la “aplicación” del mismo, que corresponde al tribunal una vez que ya se ha realizado (o intentado) la prueba por las partes.<sup>4</sup>

Dado que debe alegar y probar el Derecho extranjero la parte que invoque su aplicación, resultará irrelevante si ésta ostenta la posición de demandante o de demandado.<sup>5</sup>

Así ocurre en esta Sentencia de la Audiencia Provincial de Baleares de 13 de diciembre de 2018, cuando la parte demandada acompañó dos informes en la contestación a la demanda. En el primero de ellos, VAN TRAA AADVOCATEN NV se pronuncia sobre la titularidad de la embarcación acompañando el certificado holandés de registro. En el segundo informe, los expertos se pronuncian sobre la legitimación pasiva de la demandada.

Con la LCJI se ha buscado incidir en uno de los aspectos más controvertidos del sistema español de alegación y prueba del Derecho extranjero. Nuestro sistema se caracteriza por ser un sistema mixto que combina el principio de alegación y prueba a instancia de parte con la posibilidad de que el tribunal complete dicha prueba, valiéndose de cuantos medios de averiguación estime necesarios. El artículo 33 de la LCJI señala expresamente lo siguiente:

“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. 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.”

Decantándose por la aplicación de la *lex fori*, que es la tradicional en nuestro sistema y la mayoritaria en los sistemas de Derecho internacional privado de nuestro entorno. Es, asimismo, la solución

<sup>4</sup> Vid. SAP de Asturias de 10 febrero de 2012, que señala que: “lo cierto es que quien invoque el derecho extranjero debe probar su contenido y vigencia, conforme establece el artículo 281.2 de la Ley de Enjuiciamiento Civil, siendo así que en el presente caso la actora solo ha invocado en defensa de sus intereses el Derecho español, la aseguradora demandada sostuvo en su contestación que la legislación aplicable era la marroquí, pero lejos de invocar siquiera las concretas normas de la legislación marroquí que pudieran resultar aplicables (...) se limitaba a invocar el principio *iura novit curia* (...) el tribunal termina por aplicar la legislación española” (Id vLex: VLEX-362809702).

<sup>5</sup> Vid. STS de 27 de diciembre de 2006, que señala que “existe una numerosa y consolidada jurisprudencia sobre la necesidad de probar, por quien se alega o invoca o postula la aplicación del Derecho extranjero, la existencia, el contenido y la vigencia de la norma cuya aplicación se pretende. Es lo que decía la Sentencia 31 de diciembre de 1994, con expresa referencia de que la prueba corresponde a quien invoca el Derecho extranjero” (Id vLex: VLEX-26673136).

que más se adecua a la jurisprudencia constitucional de la que se deduce que la desestimación de la demanda conculcaría en determinados supuestos el derecho a la tutela judicial efectiva.

Debe entenderse que la falta de prueba del Derecho extranjero dentro de un proceso judicial es algo excepcional que solo sucederá cuando las partes no consigan probar el Derecho extranjero y sin olvidar la posibilidad de que el tribunal coopere en la acreditación de dicho contenido. Además, han de respetarse los sistemas específicos que en leyes especiales prevean otras soluciones iguales o diversas, por referencia, por ejemplo, a la normativa de protección de consumidores y usuarios, así como a la registral civil. Además, el artículo 33 de la LCJI clarifica la interpretación del valor probatorio de la prueba practicada con arreglo a los criterios de la sana crítica y determina el valor de los informes periciales sobre la materia. No será necesaria la prueba del Derecho extranjero por las partes cuando el tribunal, por alguna razón, tiene ya un exacto conocimiento de tal derecho, pues en ese supuesto deberá aplicarlo de oficio<sup>6</sup>. Por otro lado, no será necesario probar el Derecho extranjero cuando la parte lo invoca como mero apoyo de sus pretensiones y no para que sea aplicado por el tribunal español al fondo del asunto.

En la SAP de Baleares de 13 de diciembre de 2018, respecto a las pruebas de derecho extranjero aportadas por la parte demandada, señala que los informes sobre el Derecho extranjero resultaban innecesarios ya que el informe que sobre ello se incorpora se fundamenta en los asientos registrales que se acompañan, sin añadir ninguna especialidad del Derecho extranjero sobre la titularidad del bien en los términos de los artículos 33 y 34 de la LCJI, limitándose a señalar que la información que ofrece el registro es de acceso público. En cuanto al segundo de los informes relativo a la legitimación de la demandada, conforme los artículos 4 y 15 del Reglamento “Roma II”, tratándose de obligación no contractual, la determinación de las personas que puedan considerarse responsables por sus propios actos se rige por la ley del lugar en que se produjo el daño, por lo que un informe sobre la legitimación pasiva conforme al derecho de Curazao y Holanda resultaba impertinente conforme a los artículos 281 y 282 de la LEC.

## 2. Forma de probar el Derecho extranjero

**10.** Debemos recordar que el Derecho extranjero es un “hecho procesal” con unas características especiales, pero que no deja de ser un hecho y, como tal, debe ser alegado y probado por las partes.

El artículo 33.1 de la LCJI determina que la prueba del contenido y vigencia del Derecho extranjero se someterá a las normas de la LEC y de otras disposiciones sobre la materia. En principio, en materia de aportación de pruebas, la LEC opta por el principio de aportación de parte, existen, a nuestro juicio, excepciones que pueden desembocar en la decisión de acordar de oficio la práctica de pruebas determinadas o la aportación documental cuando lo establezca la Ley. El propio artículo 281.2 de la LEC dice: “Sin embargo, el tribunal podrá acordar, de oficio, que se practiquen determinadas pruebas o que se aporten documentos, dictámenes u otros medios e instrumentos probatorios, cuando así lo establezca la ley”. El artículo 281.2 LEC, constituye una norma meramente potestativa de modo que, si bien permite al juzgador a averiguar por todos los medios que estime necesarios el Derecho extranjero aplicable, no le obliga a ello.<sup>7</sup>

La regulación de la LEC en relación con la alegación y prueba del Derecho extranjero es una regulación “de líneas generales”. Es decir, puede afirmarse que el artículo 281.2 de la LEC contiene un sistema de “textura abierta” en relación con la prueba del Derecho extranjero. Ello significa que el legislador español ha renunciado a elaborar en la LEC una regulación exhaustiva y minuciosa de la prueba del Derecho extranjero.

Existen distintos mecanismos previstos en convenios internacionales que permite al tribunal acreditar el Derecho extranjero, como ser la Convención Interamericana sobre Prueba e Información

<sup>6</sup> Vid. STS de 10 de junio de 2005, que señala expresamente que “en nuestro ordenamiento, el Tribunal está facultado para valerse de cuantos medios de averiguación estime necesarios para la aplicación del derecho extranjero (...) lo que significa tanto como que debe aplicarlo si es que lo conoce y, al final, que de hecho la aportación de parte sólo sea necesaria para suplir aquella información”. (Id vLex: VLEX- 18040586)

<sup>7</sup> Este artículo precisa que “el derecho extranjero deberá ser probado en lo que respecta a su contenido y vigencia, pudiendo valerse el tribunal de cuantos medios de averiguación estime necesarios para su aplicación”. Además, el artículo 282 LEC establece que “el tribunal podrá acordar, de oficio, que se practiquen determinadas pruebas o que se aporten documentos, dictámenes u otros medios e instrumentos probatorios, cuando así lo establezca la ley”.

acerca del Derecho extranjero, hecha en Montevideo el 8 mayo 1979.<sup>8</sup> Instrumento de Adhesión de España del 10 de diciembre de 1987<sup>9</sup>, el Convenio europeo acerca de la Información sobre el Derecho extranjero de 7 de junio de 1968<sup>10</sup>. Instrumento de adhesión de 2 de octubre de 1973 de España<sup>11</sup>, Protocolo adicional al Convenio europeo acerca de la información sobre Derecho extranjero, hecho en Estrasburgo el 15 de marzo de 1978<sup>12</sup>, así como diferentes convenios bilaterales con distintos países como Méjico, Marruecos, Republica Checa, China, Bulgaria, Brasil, etc.<sup>13</sup>

### 3. Objeto de la prueba del Derecho extranjero

11. Otro aspecto a determinar es ¿qué elementos del Derecho extranjero en cuestión deben ser probados?, es decir, ¿cuál debe ser el alcance objetivo de la prueba? En este sentido debe probarse el contenido del Derecho extranjero y su vigencia en el momento de aplicarlo.

Dos tesis se han sostenido respecto al alcance de la prueba del Derecho extranjero. La primera de ellas, es la denominada “tesis de la prueba mínima”, en función de la cual se debe entender literalmente el precepto, por lo que sólo debe probarse el contenido del Derecho extranjero y su vigencia en el momento de aplicarlo. En segundo lugar, encontramos la “tesis de la prueba exhaustiva”, que ha sido mantenida mayoritariamente por la práctica jurisprudencial española, entendiéndose que no sólo debe probarse el “contenido y vigencia” del Derecho extranjero, sino que estos conceptos deben interpretarse de una forma extensiva, debiendo probar la parte interesada otros extremos del mismo.<sup>14</sup>

Por lo que respecta a la doctrina, se sostiene que de los requerimientos jurisprudenciales en cuanto a esta materia se puede extraer que deben probarse los siguientes elementos:<sup>15</sup>

- a) El contenido literal del Derecho material extranjero: se debe acreditar el contenido literal de las normas materiales de tal Derecho, no basta con una “mera cita aislada de disposiciones extranjeras”<sup>16</sup>;
- b) El contenido literal de las normas de conflicto extranjeras: se debe probar que las normas de conflicto del derecho invocado no provocan un “reenvío” en favor del derecho español, pues en caso contrario el juez español no estaría fallando de la misma forma que lo haría un tribunal del país en cuestión<sup>17</sup>. Cabe decir que la prueba de este extremo no ha sido requerida por muchos tribunales;

<sup>8</sup> BOE núm. 11, de 13 de enero de 1988.

<sup>9</sup> Es un texto internacional elaborado en el seno de la CIDIP que dispone un sistema de cooperación entre los Estados que son parte del mismo, para acreditar, mediante prueba documental, pericial e informes del Estado requerido, el texto, la vigencia y el alcance de su Derecho. Este mecanismo se puede llevar a cabo directamente entre las autoridades judiciales, o por medio de la autoridad central de los Estados.

<sup>10</sup> Más conocido como Convenio de Londres, establece un sistema de auxilio y colaboración judicial internacional en lo que respecta a la información del Derecho Extranjero.

<sup>11</sup> BOE núm. 240, de 7 de octubre de 1974.

<sup>12</sup> BOE núm. 150, de 24 de junio de 1982.

<sup>13</sup> España ha suscrito un importante número de convenios bilaterales en los que se incluyen obligaciones recíprocas de información sobre el contenido de los respectivos ordenamientos jurídicos. México, 1984; República Checa, 1987; Uruguay, 1987; Rusia, 1990; China, 1992; Bulgaria, 1993; Marruecos, 1997; Tailandia, 1998; República Dominicana, 2003; y Argelia, 2005.

<sup>14</sup> *Vid.*, A.L.CALVO CARAVACA/J.CARRASCOSA GONZÁLEZ, *Derecho internacional privado*, Granada, Comares, 14º ed., 2013, 2 vols. I, vol. I, pp. 443 y ss.

<sup>15</sup> *Vid.* A.L.CALVO CARAVACA/J.CARRASCOSA GONZÁLEZ, *op. cit.*, pp. 465-466.

<sup>16</sup> *Vid.* SAP de Baleares de 27 de abril de 2006. En esta Sentencia una de las partes alega la aplicación del Derecho alemán. En primer lugar, la Audiencia Provincial dispone que tal legislación no es aplicable. En segundo lugar, dice que, aún en caso de que resultara aplicable, la parte debería “procurar al juzgador una certificación expedida por la autoridad diplomática alemana acreditativa de la normativa vigente en dicho Estado que resulte de aplicación al caso, debidamente acreditada”, y en cambio se ha limitado a “exponer sucintamente cuáles son los criterios indemnizatorios existentes en Derecho Alemán, pero sin citar ni probar la legislación alemana aplicable”. Por estos motivos no podría admitirse la prueba del Derecho extranjero en este supuesto (Id. vLex: VLEX-57889023).

<sup>17</sup> *Vid.* SAP de Madrid de 22 de diciembre de 2008. Sentencia en la que resulta aplicable la legislación mexicana, y que dispone: “La Ley aplicable es (...) la Ley Mejicana (...) sin que exista reenvío a la Ley Española en cuanto el artículo 13 del vigente Código Civil Federal de México de 1928 no contempla expresamente el supuesto que nos ocupa» (Id. vLex: VLEX-53889881). Se pronuncia expresamente acerca de las normas de conflicto de la ley extranjera.

- c) La vigencia y existencia del Derecho extranjero;
- d) La interpretación concreta de las normas del Derecho extranjero; y
- e) La aplicabilidad del Derecho extranjero al caso concreto<sup>18</sup>.

La persona que invoque el Derecho extranjero deberá acreditar su contenido y vigencia por los medios de prueba admitidos en la ley española, sin embargo, para su aplicación “el Juzgador podrá valerse además de cuantos instrumentos de averiguación considere necesarios, dictando al efecto las providencias oportunas”; interpretando este precepto<sup>19</sup>, por lo que:

1. Quien invoca el Derecho extranjero deberá “acreditar en juicio la existencia de la legislación que solicita, la vigencia de la misma, y su aplicación al caso litigioso”<sup>20</sup>. Pues se razona que “la aplicación del Derecho extranjero es una cuestión de hecho, y como tal ha de ser alegada y probada por la parte que lo invoca”;
2. Se estructura a nivel legal y jurisprudencial: una amplia facultad investigadora que tiene el juez de instancia a la hora de determinar el Derecho extranjero aplicable, no quedando vinculado por las aportaciones de las partes en la que razona que: “Aunque en sentido genérico se habla, en efecto, de la prueba del Derecho extranjero, criterio que responde en España a una tradición que arranca de la L. 18, Tít. 14 de la Partida 3<sup>a</sup>, la evolución doctrinal y jurisprudencial nunca equiparó en sentido estricto la prueba del Derecho extranjero con la prueba de los hechos, pues se ha entendido que no son supuestos idénticos la justificación o acreditación de la norma extranjera y la prueba de los hechos. Se ha hecho notar, en este sentido, que el *iura novit curia*, aun atenuado respecto del Derecho extranjero no se excluye como principio en cuanto al conocimiento de las normas no nacionales, si bien las partes deben cooperar con el juez en la busca de la norma extranjera suministrándole los medios de conocimiento, de manera que más que una actividad probatoria en sentido estricto se trata de una colaboración entre las partes y el órgano. En nuestro sistema procesal vigente, tras la redacción del Título Preliminar del Código Civil, el artículo 12.6 deja claro: a) que la norma extranjera se “acredita”; b) que en su función de aplicador el Juzgador puede valerse de cuantos instrumentos de averiguación considere oportunos. El término “acreditar” no está empleado de manera vulgar, sino en sentido técnico, lo cual significa que no es necesario que la verificación o comprobación del contenido y vigencia de la norma extranjera se ajuste a las reglas de la prueba rigurosa, sino que responde a los postulados más abiertos de la prueba denominada doctrinalmente “libre”, o en otras palabras, prueba que presupone la libertad de medios probatorios (siempre que sean lícitos y se obtengan por medios no prohibidos), y la libertad de valoración o apreciación. Si el juzgador, con la aportación de las partes no se considera suficientemente ilustrado debe y puede actuar de oficio e investigar la norma aplicable”;
3. Es posible el uso de las diligencias finales para lograr un conocimiento adecuado del Derecho extranjero aplicable, máxime cuando se alegan normas extranjeras y se acreditan en forma defectuosa o contradictoria; y
4. Cuando el Derecho extranjero no ha quedado probado en forma alguna o con la suficiente claridad o seguridad, lo procedente no es desestimar la demanda, sino aplicar la legislación española.

Por tanto, para ser eficaces en la prueba del Derecho extranjero será recomendable probar no sólo la exacta entidad del Derecho vigente, sino su alcance y autorizada interpretación, de suerte que su aplicación no suscite la menor duda razonable a los Tribunales españoles, y todo ello mediante la pertinente documentación fehaciente.

<sup>18</sup> *Vid.* STS de 27 de diciembre de 2006, que señala que “existe una numerosa y consolidada jurisprudencia sobre la necesidad de probar, por quien se alega o invoca o postula la aplicación del Derecho extranjero, la existencia, el contenido y la vigencia de la norma cuya aplicación se pretende.”

<sup>19</sup> *Vid.* STSJ de Madrid de 11 de enero de 1999. (Id. vLex: VLEX-478598210).

<sup>20</sup> *Vid.* STS de 3 febrero de 1975 y de 31 de diciembre de 1994, que hacen expresa referencia de que la prueba corresponde a quien invoca el Derecho extranjero. (Id. vLex: VLEX-73629183).



No cabe confundir la prueba de “legislación” vigente en un determinado territorio, con la prueba “del Derecho” aplicable, concepto este referido a la forma en la que la sociedad y los tribunales de aquel lugar solucionan sus conflictos, no siempre mediante la aplicación de legislación formalmente promulgada, lo que, por lo demás, constituye un hecho notorio en aquellos países en los que rige el *common law*. El tribunal del foro debe fallar como lo haría un tribunal extranjero.

De esta última interpretación, sacamos varias ideas:

- a) En principio, todas las normas extranjeras son de aplicación. La remisión que hace la norma de conflicto española al Derecho extranjero es íntegra. No solo se incluyen las normas de Derecho interno, sino las normas especiales de Derecho extranjero y las de extensión. Pero el juez español no aplicará la norma de conflicto española salvo que se admita el reenvío por retorno y el reenvío de segundo grado;
- b) Debe aplicarse toda fuente extranjera de la que emanan las leyes, incluso instituciones jurídicas de origen extranjero;
- c) El Derecho extranjero debe aplicarse con la interpretación dada por sus tribunales; y
- d) Se aplicarán las normas de Derecho público o privado siempre que tengan efecto sobre los particulares.

#### 4. Medios de prueba del Derecho extranjero

12. En relación con los medios de prueba del Derecho extranjero<sup>21</sup> el TS, entre otras, en la sentencia de 4 de julio de 2006<sup>22</sup> pone de relieve la posibilidad de utilizar “todos los medios de prueba a su alcance”, que venimos a enumerar:

- a) **Documentos públicos o intervenidos por fedatarios públicos que pueden aportarse al proceso mediante las correspondientes certificaciones:** el documento extendido por fedatario público es el medio de prueba más extendido en nuestros Tribunales, y que, aunque venga a determinar la vigencia y contenido, queda limitado por la falta de interpretación y de aplicación de la norma al caso concreto<sup>23</sup>. La propia alusión en la interpretación de la normativa a aplicar, hecho muy necesario en cualquier litigio, va a restar fuerza probatoria y deberemos complementarla. Estas certificaciones son fáciles y rápidas de conseguir, pero tienen el inconveniente de que no pueden probar el contenido de tal derecho, su alcance o su aplicabilidad. Tan sólo pueden probar su texto literal y, en su caso, la vigencia del mismo.<sup>24</sup>
- b) **Prueba pericial:** consiste en un informe elaborado por “expertos en el Derecho extranjero” que se quiere probar, así lo establece el artículo 335 de la LEC<sup>25</sup>. Los “expertos” pueden ser tanto del país cuyo Derecho se trata de probar como de otra nacionalidad incluso española.

<sup>21</sup> El artículo 281.2 de la LEC establece la necesidad de probar el Derecho extranjero, pero no hace especial referencia a los medios que se pueden utilizar para llevar a cabo tal tarea. Con la nueva regulación, la jurisprudencia ha desarrollado el precepto de la LEC de la misma forma que se aplicaba el del Código Civil, de manera que debe probarse por los medios de prueba principalmente recogidos en el artículo 299 de la LEC. La jurisprudencia da especial importancia a dos medios: la prueba documental y la prueba pericial.

<sup>22</sup> La Sentencia señala lo siguiente: “quien debe probar la existencia y vigencia del derecho que debe ser aplicado a la relación jurídica de que se trate (...) mediante testimonio conforme de dos jurisperitos del país respectivo aportado por los autos” (Id. vLex: VLEX-24297593).

<sup>23</sup> Artículo 317 de la LEC: “tipos de documentos públicos en el ámbito general en materia civil.”

<sup>24</sup> Vid. J. C. FERNÁNDEZ ROZAS/ S. SÁNCHEZ LORENZO, *Derecho Internacional Privado*, Civitas, 7ª edición, 2013. p. 177.

<sup>25</sup> Artículo 335 de la LEC que establece lo siguiente: “1. Cuando sean necesarios conocimientos científicos, artísticos, técnicos o prácticos para valorar hechos o circunstancias relevantes en el asunto o adquirir certeza sobre ellos, las partes podrán aportar al proceso el dictamen de peritos que posean los conocimientos correspondientes o solicitar, en los casos previstos en esta ley, que se emita dictamen por perito designado por el tribunal. 2. Al emitir el dictamen, todo perito deberá manifestar, bajo juramento o promesa de decir verdad, que ha actuado y, en su caso, actuará con la mayor objetividad posible, tomando en consideración tanto lo que pueda favorecer como lo que sea susceptible de causar perjuicio a cualquiera de las partes, y que conoce las sanciones penales en las que podría incurrir si incumpliere su deber como perito. 3. Salvo acuerdo en contrario de

Este es el medio de prueba más completo y que puede y debe probar no sólo la vigencia y contenido del Derecho extranjero sino también su interpretación y aplicación al caso concreto, como complemento a la documental pública. Sin embargo, no es un medio de prueba admisible el llamado “informe de parte”, un informe redactado por expertos legales a instancia de una parte, en el que el experto “toma partido” en favor de las pretensiones concretas de la parte.<sup>26</sup>

- c) Sobre los documentos privados: debe ser inadmitida la aportación de simples copias de normas seleccionadas, ya sean fotocopiadas o simplemente transcritas y copiadas de Internet; obviamente, no prueban la vigencia y contenido del Derecho aplicable. La aportación de colecciones privadas y textos autorizados de doctrina extranjera puede constituirse como complemento del resto de pruebas sin que pueda constatarse la certeza. Aunque la jurisprudencia del TS ha sido reacia durante años a admitir estos documentos para probar el Derecho extranjero, no hay por qué eliminarlos radicalmente como “medios de acreditación del Derecho extranjero”. Habrá que decidir en cada caso concreto si un determinado documento privado, como por ejemplo un autorizado texto doctrinal extranjero, puede servir para acreditar el Derecho extranjero “con certeza”<sup>27</sup>.

**13.** Debemos indicar también que el artículo 33.4 de la LCJI indica que ningún dictamen vinculará a los órganos judiciales internacionales, como ya había indicado la jurisprudencia tiempo atrás. La solución que debe aportar en un eventual avance jurisprudencial, debe limitar la aportación probatoria al mero conocimiento del juez respecto a la vigencia, contenido e interpretación del Derecho extranjero<sup>28</sup>. El artículo 33.2 de la LCJI determina que los tribunales determinarán el valor probatorio de la prueba practicada de acuerdo con las leyes de la “sana crítica”. Este precepto destaca un avance respecto a la línea dura que representa la jurisprudencia, por lo que el juez será libre de verificar la acreditación del Derecho extranjero, sin que exija todos los medios que pide el TS, aunque puede darse el caso de que el juez pida aún más pruebas al no quedar convencido<sup>29</sup>.

En la SAP de Baleares de 13 de diciembre de 2018, la parte demandada VICTORIUS SSHIP-PING COMPANY N.V., en su escrito de contestación a la demanda, niega ser la titular de la embarcación sin identificar a quien pudiera serlo, no acompañando documentación alguna y anunciando la incorporación de dictámenes de expertos en derecho neerlandés sobre la titularidad del bien y la identidad de las personas jurídicas.

## 5. Consecuencias de la no alegación o prueba del Derecho extranjero

**14.** Es supuesto bastante común que alguna de las partes no pueda alegar o, incluso, probar el Derecho extranjero. La LEC no ofrece soluciones a tales supuestos, por lo que ha sido tanto la doctrina

---

las partes, no se podrá solicitar dictamen a un perito que hubiera intervenido en una mediación o arbitraje relacionados con el mismo asunto”.

<sup>26</sup> *Vid.* SAP Tarragona de 13 abril de 2011. “El demandado ha acreditado la vigencia del derecho común a los litigantes con la certificación del Cónsul de Holanda, y el derecho aplicable por medio de los informes de los letrados holandeses oportunamente aportados a los autos” (Id. vLex: VLEX-354534758).

<sup>27</sup> *Vid.* SAP de Madrid 12 abril de 2011. “No haberse acreditado el derecho extranjero de aplicación al caso, “tanto en lo que respecta a su contenido como a su vigencia, dada la no exigencia de su conocimiento por los jueces y tribunales españoles” considerándose insuficiente, al respecto, las fotocopias de la legislación rumana que, no traducidas al castellano, se aportaron junto con el escrito rector del procedimiento” (Id. vLex: VLEX-354522342).

<sup>28</sup> El artículo 33.4 recoge la última novedad en este campo. Según la jurisprudencia del TS el dictamen pericial debía ser elaborado por dos jurisperitos de nacionalidad del Estado cuyo derecho es objeto de prueba. Con el artículo 33.4 LCJI, se abre la posibilidad a todos aquellos informes o dictámenes realizados por un experto, con independencia de su nacionalidad. Es decir, sin tener en cuenta la nacionalidad de quién los emite. Además, a diferencia del art. 281.2 LEC, el art. 33.4 LCJI, recoge que ningún informe, ya sea nacional o internacional, tendrá carácter vinculante para los operadores jurídicos.

<sup>29</sup> El artículo 33.2 LCJI recoge expresamente (a diferencia del art. 281.2 LEC) que los jueces deberán aplicar las reglas de la sana crítica para determinar el valor probatorio de la prueba practicada para acreditar el contenido y vigencia del derecho extranjero.

como la jurisprudencia las que han establecido distintas tesis para solucionar la cuestión, que van desde la tesis de la aplicación de oficio del Derecho extranjero<sup>30</sup> a la tesis de la desestimación de la demanda<sup>31</sup>.

15. Tras la aprobación de la LCJI, su artículo 33.3 establece que, con carácter excepcional, se aplicara el Derecho material español cuando no se haya podido acreditar el Derecho extranjero<sup>32</sup>. Por lo tanto, ha obtenido reconocimiento legal esta última tesis. Defiende que se aplique el Derecho material español por falta de alegación y prueba del Derecho extranjero, ello evita la denegación de justicia y la vulneración del artículo 24 de la CE.

De esta forma, consagra al Derecho extranjero como un “hecho procesal”, por lo que si no se alega ni se prueba, desaparece del proceso, pero, como aclaramos anteriormente, no es un mero hecho procesal; aparte de serlo, cuenta con particularidades que hacen considerarlo más que un hecho<sup>33</sup>.

Esta tesis ha sido ampliamente seguida desde los comienzos del problema de la aplicación del Derecho extranjero en el siglo XIX, así se recoge en las sentencias del Tribunal Supremo<sup>34</sup>. Ha llegado también al Tribunal Constitucional, que considera que es la solución que más respeta los preceptos constitucionales<sup>35</sup> y es la más seguida por los tribunales inferiores<sup>36</sup>.

<sup>30</sup> Tesis por la que debe aplicarse de oficio el Derecho extranjero debido al carácter imperativo que tienen las normas de conflicto españolas que dicta el artículo 12.6 del Código Civil, pero tal argumento no es suficiente porque el sistema español de alegación y prueba del derecho extranjero está diseñado para que la carga de la prueba recaiga sobre las partes según el artículo 282 de la LEC, precepto que se aplica al artículo 281.2 de la LEC cuando se determina que el tribunal puede valerse de cualquier medio de prueba necesario para su aplicación. Aunque explícitamente se dice “la carga de la prueba”, puede darse el caso de una interpretación amplia y extenderse a la alegación del derecho, de esta manera, podemos pensar que el tribunal realiza la labor de las partes corrigiendo sus errores. No debe aplicarse tal tesis debido a que va en contra del principio de congruencia de la sentencia, el principio dispositivo, y el de justicia rogada.

<sup>31</sup> Es una de las tesis más defendidas. Si un litigio debe regirse por el Derecho extranjero, y argumenta sobre la base del Derecho español, tal parte debe ver desestimada sus pretensiones. Sus argumentos a favor se basan en la imposibilidad de la aplicación de oficio del Derecho extranjero, pero que también prohíbe aplicar directamente el Derecho español, además de que el tribunal no tiene la obligación de aplicar el Derecho extranjero porque tal obligación recae sobre las partes. Además, el tribunal no es quien, para hacer el trabajo incorrectamente hecho por el abogado de una parte, o incluso de las dos partes, que intentan encuadrar un caso mediante la aplicación del Derecho español cuando deba aplicarse el Derecho extranjero. Refuerza la seguridad jurídica, porque el caso no se resolverá con otro Derecho salvo el indicado en la norma. No se deniega la justicia, por lo que no supone un *non liquet*, y no se incumple el principio de tutela judicial efectiva ya que la demanda se ha valorado como tal y se ha dado respuesta a una pretensión solicitada por la parte correspondiente. Produce además un efecto de “cosa juzgada limitado” porque una vez desestimada –sin entrar a discutir sobre el fondo del asunto– la parte que ha visto desestimada su pretensión puede volver a presentar la demanda argumentando con una causa de pedir distinta.

<sup>32</sup> El artículo 33.3 de la LCJI ha supuesto un cambio en cuanto a la consideración del derecho extranjero en el procedimiento judicial. Con anterioridad al nuevo artículo, la doctrina mayoritaria defendía el carácter híbrido de la norma extranjera al considerarla como un *tertium genus* entre el derecho y los hechos procesales, a tenor del artículo 281.2 de la LEC, puesto que no especifica en concreto a quién corresponde probar el derecho extranjero, abriendo la posibilidad tanto a las partes (hecho) como a los órganos judiciales (derecho). En cambio, la jurisprudencia del TS, salvo alguna excepción, ha optado por considerarlo como un hecho procesal, al interpretar el artículo 281.2 de la LEC en el sentido del derogado artículo 12.6.II del CC, el cual atribuía de forma expresa la carga probatoria a las partes.

<sup>33</sup> Vid. SAP de Cádiz de 13 de marzo de 2017 (Id. vLex: VLEX-342362526).

<sup>34</sup> Ha sido sostenida por la Sala Primera del TS de 16 de diciembre de 1960, al señalar que “cuando no se alega ni se acoge nadie (en el) momento procesal oportuno a lo que dispone el artículo 10, párrafo segundo del Código Civil, los Tribunales no puedan declinar la aplicación de nuestras Leyes” renunciando a su imperio y de oficio el minar el Código Civil y aplicar su derecho extranjero que no tienen por qué conocer y que, al no alegarlo los interesados, ha de entenderse que prescinden o renuncian a su aplicación.” En el mismo sentido se pronuncia el TS de 30 abril de 2008. “La sentencia impugnada que, en consecuencia, no ha infringido ninguno de los citados preceptos al aplicar correctamente al caso la norma de conflicto y, posteriormente, lo previsto en el derecho español ante la falta de acreditación del contenido y alcance del derecho extranjero, extremos que el juzgador no estaba obligado a investigar de oficio.”

<sup>35</sup> Vid. STC de 2 de julio de 2001. “Todo ello contrariando, a la hora de aplicar la legalidad vigente, la doctrina sentada en la materia por el Tribunal Supremo de deberse estar, en defecto de prueba del Derecho extranjero invocado en el proceso, al Derecho español, según se desprende de una reiterada jurisprudencia. Doctrina jurisprudencial que, ciertamente, es más respetuosa con el contenido del artículo 24.1 de la CE que la solución adoptada por la Sentencia impugnada de tener por decaída la demanda, dado que el Derecho español, con carácter sustitutorio del que resulta aplicable, también puede ofrecer en una situación de tráfico externo la respuesta fundada en Derecho que el citado precepto constitucional exige” (Id. vLex vid. cita 35).

<sup>36</sup> Vid. SAP de Barcelona de 30 de junio de 2006, que establece que: “en consecuencia, y no habiéndose efectuado prueba en tal sentido, aun en el caso de que fuera admisible la aplicación del derecho extranjero, que no lo es, tampoco podría aplicarse por desconocerse su contenido, debiendo acudir a la legislación española, como así efectúa el juzgador de instancia.”

Pero debemos decir en contra de esta tesis y, en contraposición con la tesis de la desestimación de la demanda, que la presente teoría: 1) vulnera el carácter imperativo de las normas de conflicto españolas; 2) comporta inseguridad jurídica porque no se sabe, en un principio, que derecho se va a aplicar; y 3) favorece las conductas estratégicas a la hora de elegir el Derecho aplicable.

Por último, también se ha argumentado contra esta solución, que favorece estrategias de los particulares para aplicar el Derecho español cuando no es realmente aplicable al supuesto.<sup>37</sup>

#### IV. Aplicación de la *Lex Loci Delicti Commissi*

16. En el caso que nos ocupa la Audiencia Provincial de Baleares opta por la aplicación de la Ley del lugar donde se produce el daño (= *Lex Loci Delicti Commissi*). Se trata del criterio *Lex Damni o Erfolgsort* (=Ley del lugar donde se produce el daño derivado del hecho ilícito). El criterio *Lex Loci Delicti Commissi* permite una identificación segura y veloz de la Ley aplicable, y conduce, en condiciones normales, a la Ley del Estado cuya aplicación al caso es la más previsible para las partes implicadas. Ello significa que la *Lex Loci Delicti Commissi* suele ser la Ley cuya aplicación suscita los costes conflictuales más reducidos para los sujetos implicados en los casos internacionales de obligaciones extracontractuales. Dicha Ley sintoniza perfectamente con las expectativas de los sujetos implicados. En efecto, la *Lex Loci Delicti Commissi* suele corresponder al país “más estrechamente vinculado” al supuesto. Los costes de información de dicha Ley y los costes de adaptación de los particulares al contenido de dicha Ley, son reducidos para las partes.<sup>38</sup>

Para concretar qué espacios físicos conforman el territorio de un Estado, es preciso consultar los criterios clásicos de Derecho internacional público. Es territorio de un Estado la tierra firme del mismo, el Mar territorial y el espacio aéreo del Estado en cuestión. Las Embajadas y otras Delegaciones diplomáticas de países extranjeros gozan, como es sabido, de ciertas “inmunidades legales”, pero pertenecen al territorio del Estado donde se hallan situadas.

Así se puede observar en la SAP de Baleares de 13 de diciembre de 2018, en la que la pretensión se fundamenta en que el buque “Dwinger” se hallaba fondeado en Cala jondal, y que enganchó un cable submarino de fibra óptica propiedad de la actora que enlazaba las islas de Ibiza y Formentera, privando a éstas del servicio de datos (ADSL y 3G) prestado por la demandante. Además, esa localización coincide con la que se refleja en el diario de navegación del buque incorporado a las actuaciones (38º, 51,733 N). Por lo que queda claro que el daño se produce en territorio español.

17. Además, el Reglamento “Roma II” establece normas de conflicto especiales para determinadas acciones por responsabilidad extracontractuales<sup>39</sup>.

Así lo establece la SAP de Baleares de 13 de diciembre de 2018 señalando en los fundamentos jurídicos que en el procedimiento concurre elemento extranjero por el pabellón del “Dwinger” y la nacionalidad holandesa de las entidades codemandadas por lo que debe precisarse la normativa aplicable. Comenta que la legislación procesal española es la aplicable al procedimiento en curso conforme al artículo 3 de la LEC y que la naturaleza extracontractual de la responsabilidad que se pretende hace aplicable el Reglamento “Roma II”, conforme a sus artículos 1 a 3; lo que, a su vez, determina de acuerdo con su artículo 4, la aplicación de la ley española al haberse producido el daño en territorio nacional. La ley española, como Ley aplicable, se extiende a todo lo señalado en el artículo 15.

<sup>37</sup> Vid. STS de 19 de febrero de 1990, que señala que: “la falta de alegación y prueba no puede conducir, como pretende el recurrente en el motivo séptimo, a la aplicación de la ley española, pues ello equivaldría al absurdo de sancionar la omisión de prueba deliberadamente querida de la norma extranjera, con la aplicación de la ley española, cuando se considerase que ésta era más beneficiosa” (Id. vLex: vid. cita 66).

<sup>38</sup> Vid. A. L. CALVO CARAVACA, *El Reglamento Roma II*, Comares, Granada, 2008, pp. 53-133.

<sup>39</sup> Las reglas especiales se han previsto para aquellos casos en los que el criterio *locus damni* se entiende que no es el adecuado para resolver ciertas categorías de ilícitos tendiéndose a la especialización por materias. Las mencionadas categorías son: (A) responsabilidad del fabricante por los productos; (B) competencia desleal y actos que restrinjan la libre competencia; (C) daños al medioambiente; (D) infracción de los derechos de la propiedad industrial e intelectual; y (E) la acción de conflicto colectivo.

## V. Consideraciones finales

18. En el Derecho internacional privado español la cuestión de la aplicación del Derecho extranjero ha entrado en una nueva dimensión con ocasión de la regulación ofrecida sobre el tema por la LEC y la LCJI. Los artículos 281.2º y 282 de la LEC y el 33 de la LCJI dan cuerpo a un sistema de prueba del Derecho extranjero de textura abierta, de modo que serán siempre las partes o siempre el juez los que deban, en todos casos, probar el Derecho extranjero. En los casos en los que se aplica Derecho extranjero, la parte interesada en su aplicación deberá: primero, fundamentar su demanda en el Derecho extranjero y, segundo, probar el Derecho extranjero. Así se aprecia en la SAP de Baleares de 13 de diciembre de 2018, donde la parte demandada presenta dos informes sobre el Derecho extranjero, el Tribunal rechaza ambos informes señalando que en ellos no se aprecia ninguna especialidad del derecho extranjero sobre la titularidad del bien, respecto al informe sobre la legitimación pasiva conforme al derecho de Curazao y Holanda resultaba innecesario tratándose de una obligación no contractual.

19. En el caso en el que las partes argumenten en base al Derecho extranjero, pero no lo prueban: el tribunal deberá advertir a las partes de las consecuencias que tendrá el no hacerlo (= artículo 429.1.II LEC). Si pese a ello, las partes no prueban el Derecho extranjero, éste no podrá aplicarse y el tribunal tampoco deberá probarlo por lo que dictará sentencia y desestimará las pretensiones de las partes.

20. Tal como sucede en la SAP de Baleares de 13 de diciembre, en primera Instancia, se desestimó la demanda presentada por la demandante por lo que se interpuso recurso de apelación. Dado que en el procedimiento concurre elemento extranjero atendido que el pabellón del “Dwinger” tiene nacionalidad holandesa, debe precisarse la normativa aplicable. El tribunal señala que la legislación procesal española es la aplicable al procedimiento en curso conforme al artículo 3 de la LEC, la naturaleza extracontractual de la responsabilidad que se pretende hace aplicable el Reglamento “Roma II”, conforme a sus artículos 1 a 3, lo que, a su vez, determina de acuerdo con su artículo 4, la aplicación de la ley española al haberse producido el daño en territorio nacional. Partiendo de la normativa aplicable y del nuevo examen de la prueba practicada, el Tribunal considera que fue el buque “Dwinger” el que dañó el cable submarino, por lo que se estima la demanda y se deja sin efecto la anterior resolución condenando a la parte demandada a pagar la cantidad solicitada por la demandante y al pago de las costas procesales; y todo ello en aplicación de la ley española (= *Lex Loci Delicti Commissi*).

COMPETENCIA JUDICIAL INTERNACIONAL EN ACCIONES DE CONSUMIDORES CONTRA COMPAÑÍAS AÉREAS. COMENTARIO A LOS AUTOS DEL JUZGADO DE LO MERCANTIL DE MADRID DE 25/9/2018, 4/10/2018, 9/10/2018, 18/10/2018 Y A LA SENTENCIA DE LA AUDIENCIA PROVINCIAL DE GIRONA DE 27/9/2018

INTERNATIONAL JUDICIAL COMPETENCE IN CONSUMER ACTIONS AGAINST AIR COMPANIES. COMMENTARY TO THE AUTHORS OF THE COURT OF COMMERCIAL OF MADRID OF 25/9/2018, 4/10/2018, 9/10/2018, 18/10/2018 AND THE JUDGMENT OF THE PROVINCIAL HEARING OF GIRONA ON, 27/9/2018

ALFONSO ORTEGA GIMÉNEZ

*Profesor Contratado Doctor de Derecho internacional privado  
Universidad Miguel Hernández de Elche (acreditado a profesor titular de Universidad)*

ORCID ID: 0000-0002-8313-2070

Recibido: 18.06.2019 / Aceptado: 18.07.2019

DOI: <https://doi.org/10.20318/cdt.2019.5015>

**Resumen:** La regulación respecto los derechos de los pasajeros en el transporte aéreo tiene por objeto que aquellos consumidores se vean completamente resarcidos por los perjuicios que pudieran sufrir en el desarrollo de su vuelo, y que el pasajero pueda hacer valer sus derechos frente al transportista u operador aéreo en caso de cancelación, denegación de embarque o retraso significativo del vuelo. Este derecho de compensación plantea cuestiones relevantes de competencia judicial internacional, a la hora de determinar los tribunales ante los que el pasajero debe acudir para ejercitar de forma efectiva su derecho. En un sector como el de transporte aéreo de pasajeros es habitual la inclusión de cláusulas de elección de tribunales dentro de las condiciones y términos del transporte impuestas por el operador y cuya eficacia habrá de evaluarse a la luz del Derecho internacional privado.

**Palabras clave:** transporte aéreo internacional, pasajeros, Convenio de Montreal, competencia judicial internacional, Derecho aplicable.

**Abstract:** The regulation regarding passenger passenger rights in air transport aims to ensure that consumers are fully compensated for the damages they may suffer in the development of their flight, and that the passenger can assert their rights against the carrier or operator air in case of cancellation, denied boarding or significant flight delay. This right of compensation raises relevant issues of international judicial competence when determining the courts before which the passenger must go to effectively exercise their right. In a sector such as passenger air transport, it is usual to include clauses for the selection

---

\*alfonso.ortega@umh.es

of courts within the conditions and terms of transport imposed by the operator and whose effectiveness will have to be evaluated in the light of private international private law.

**Keywords:** international air transport, passengers, Montreal Convention, international jurisdiction, applicable law.

**Sumario:** I. Planteamiento. II. Competencia judicial internacional en acciones de consumidores contra compañías aéreas. III. Competencia judicial territorial de los Juzgados y Tribunales españoles para el conocimiento de las reclamaciones por compensación derivadas de transporte aéreo. IV. Valoración global.

## I. Planteamiento

1. En los últimos años se han producido varios cambios en las “relaciones comerciales aéreas” que se caracterizan por su internacionalidad, dinamismo, desarrollo técnico y la liberalización del sector, que ha comportado un considerable aumento de compañías aéreas y la aparición de las denominadas compañías aéreas *low cost*. Todas estas razones han hecho que el régimen jurídico del transporte aéreo y, concretamente, la responsabilidad de las compañías aéreas hayan sido objeto de reforma a nivel internacional y dentro de la Unión Europea (en adelante, UE). A nivel internacional, el Convenio de referencia en el ámbito de la responsabilidad del transporte aéreo es el Convenio de Montreal<sup>1</sup>. Además, en el ámbito de la UE se ha prestado especial atención a la protección del pasajero, sea o no consumidor en sentido estricto, y, por tanto, con independencia del motivo del transporte, siendo el pasajero la “parte débil” en el contrato de transporte, por lo que se configuran unos derechos mínimos que necesariamente deben ser respetados ante determinadas prácticas frecuentes de las compañías aéreas, como ser la denegación de embarque, cancelación, retraso de vuelo, pérdida de equipajes y otros. Así las cosas, observaremos que en la UE no sólo se establece un régimen más protector de los derechos de los pasajeros respecto del previsto en el Convenio de Montreal, sino que se regulan aspectos no contenidos en él (y que complementan al mismo).

2. El transporte aéreo de pasajeros se sustenta, desde el punto de vista jurídico, sobre la base de un contrato (= contrato de pasaje). De forma general, éste puede definirse como “aquél en cuya virtud una empresa (el transportista o porteador) se compromete a trasladar de un lugar a otro al pasajero y a su equipaje por vía aérea a cambio de un precio conforme a las condiciones pactadas”<sup>2</sup>. Determinados extremos del contrato de pasaje, como, por ejemplo, la documentación del transporte y la responsabilidad contractual del transportista, cuentan en el ámbito internacional y comunitario con una regulación material unificada.

Son muchas las sentencias que se han pronunciado en asuntos sobre reclamación contra compañías aéreas por los usuarios de los servicios de transporte aéreo, donde se ha reflexionado sobre la competencia judicial internacional, y la normativa sobre la que fundamentar dicha competencia. Para entenderlo mejor, en este comentario vamos a analizar algunos Autos recientes del Juzgado de lo Mercantil de Madrid (en particular, los de 25/9/2018, 4/10/2018, 9/10/2018) y la SAP de Girona de 27/9/2018.

## II. Competencia judicial internacional en acciones de consumidores contra compañías aéreas.

3. El Juzgado de lo Mercantil de Madrid se ha pronunciado en varios Autos sobre la competencia judicial internacional en acciones de consumidores contra compañías aéreas. Es el caso del Auto de

<sup>1</sup> Hecho en Montreal el 28 de mayo de 1999. (BOE *núm.* 122, de 20 de mayo de 2004). El Convenio de Montreal fue firmado por la Comunidad Europea el 9 de diciembre de 1999, siendo aprobado por Decisión del Consejo de 5 de abril de 2001, (DOCE 18 de julio de 2001). Dicho instrumento de aprobación fue depositado simultáneamente con los instrumentos de ratificación de cada uno de los Estados miembros, el 29 de abril de 2004, entrando en vigor para todos ellos el 28 de junio de 2004.

<sup>2</sup> *Vid.* M.<sup>a</sup> Guerrero Lebrón., *La responsabilidad contractual del porteador aéreo en el transporte de pasajeros*, Tirant Lo Blanch, Valencia, 2005, pp. 96-105.

25/9/2018, relativo a la interposición de una demanda de reclamación de los daños derivados de cancelación y/o gran retraso del vuelo adquirido por la demandante, quien formuló demanda contra la mercantil TAP PORTUGAL, con invocación del Reglamento (CE) N° 261/2004<sup>3</sup> por los daños derivados de gran retraso como consecuencia del vuelo adquirido a la compañía TAP PORTUGAL entre Río de Janeiro y Lisboa con conexión Lisboa y Sevilla, alegando que retrasado el primero de los vuelos se produjo la pérdida de la conexión con el segundo de ellos.

En el Auto de 4/10/2018 la demandante formuló demanda contra la mercantil colombiana AVIANCA, con invocación del Convenio de Montreal, por la que se formula acción de reclamación de los daños derivados de cancelación y/o gran retraso, y/o pérdida, daños o retraso en la entrega de equipaje, consecuencia del vuelo adquirido a la demandada AVIANCA entre Bogotá y Río de Janeiro.

Por su parte, en el Auto 9/10/2018 se formuló demanda contra la mercantil LOT POLISH AIRLINES, ejercitando la demandante acción de reclamación de los daños derivados de gran retraso y/o cancelación, consecuencia del vuelo adquirido a la compañía de nacionalidad polaca demandada en vuelo con salida desde Paria (Francia) y destino Wroclaw (Polonia) con escala en Varsovia.

Finalmente, en el Auto 18/10/2018 del Juzgado de lo Mercantil de Madrid se formula demanda contra la mercantil TAP AIR PORTUGAL; la demandante, ejercita acción de reclamación de los daños derivados de gran retraso y/o cancelación, con invocación del Convenio de Montreal y del Reglamento (CE) N° 261/2004, como consecuencia del vuelo adquirido por la demandante a la compañía demandada en vuelo con salida desde Bogotá y destino Barcelona.

4. En este sentido, no debemos olvidar que el objetivo del Reglamento (CE) N° 261/2004 persigue reforzar las normas mínimas de protección de los pasajeros en los supuestos de denegación de embarque, cancelación y grandes retrasos de los vuelos. El ámbito de aplicación del Reglamento (CE) N° 261/2004 se delimita, desde un doble punto de vista geográfico y personal, su ámbito de aplicación (= artículo 3.1 del Reglamento (CE) N° 261/2004):

- a) A los pasajeros que partan de un aeropuerto situado en el territorio de un Estado miembro sujeto a las disposiciones del Tratado, con independencia de la nacionalidad de la compañía aérea, es decir, sea o no comunitaria; y
- b) A los pasajeros que partan de un aeropuerto situado en un tercer país con destino a otro situado en el territorio de un Estado miembro sujeto a las disposiciones del Tratado, a menos que disfruten de beneficios o compensación y de asistencia en ese tercer país, cuando el transportista aéreo encargado de efectuar el vuelo en cuestión sea un transportista comunitario.

Se excluyen, por tanto, los vuelos desde aeropuertos extracomunitarios hacia aeropuertos comunitarios operados por compañías aéreas extracomunitarias. Como regla general, estas normas se aplican a los pasajeros que salen de aeropuertos situados en el territorio de un Estado miembro y a todos aquellos que llegan a dichos aeropuertos desde un tercer país cuando el vuelo es operado por una compañía de la UE. No obstante, el ejercicio del derecho de compensación plantea cuestiones significativas de determinación de la jurisdicción competente para conocer de dichas reclamaciones, se incide en las opciones del pasajero de ejercitar de manera efectiva tal derecho dentro de la UE.

5. En el Auto de 25/9/2018, el Juzgado de lo mercantil de Madrid señala que el Reglamento (CE) N° 261/2004 no establece norma alguna en materia de competencia judicial internacional, por lo que se debe recurrir al Convenio de Montreal, siendo firmantes de este Convenio tanto España (= lugar de interposición de la demanda y de destino final del vuelo) como Brasil (= lugar de origen del vuelo) y Portugal (= lugar del domicilio social de la demandada). El Convenio de Montreal, que tiene por objeto establecer un régimen uniforme respecto a determinados aspectos del transporte aéreo internacional (entre ellos, la responsabilidad del transportista por muerte o lesiones del pasajero, por destrucción, pérdida

---

<sup>3</sup> Reglamento (CE) N.º 261/2004 del Parlamento Europeo y del Consejo, de 11 de febrero de 2004, por el que se establecen normas comunes sobre compensación y asistencia a los pasajeros aéreos en caso de denegación de embarque y de cancelación o gran retraso de los vuelos, (DOUE *núm.* 46, de 17 de febrero de 2004).



o avería del equipaje, y por retraso), comprende también normas de competencia judicial internacional (= artículo 33) que resultan imperativas en los términos del artículo 49 del Convenio; sin olvidar que todos los Estados Miembros (y la propia Unión Europea como sujeto de derecho internacional) son parte del Convenio de Montreal.

El Tribunal Supremo se ha pronunciado, al respecto, en diferentes sentencias<sup>4</sup>, reiterando la doctrina fijada por la jurisprudencia comunitaria<sup>5</sup>: reconoce al pasajero aéreo la posibilidad de elegir la presentación de la demanda de compensación basada en el contrato de transporte y en el Reglamento (CE) N° 261/2004, ante el tribunal en cuya demarcación se hallara el lugar de salida o ante el tribunal en cuya demarcación se hallara el lugar de llegada del avión, tal y como dichos lugares estuvieran previstos en el contrato. Haciendo aplicación de tal doctrina a supuesto que nos ocupa resulta que son tres los Estados cuyos órganos jurisdiccionales ostentan competencia judicial internacional para el conocimiento de la reclamación, a elección del demandante, el siguiente:

- En el territorio del Estado parte donde tenga su domicilio el transportista, esto es, la República de Portugal;
- En el territorio de un Estado parte el transportista tenga una oficina o establecimiento donde se haya celebrado el contrato; que en este caso resulta desconocido; o
- En el territorio de un Estado parte donde el vuelo tenga su origen (Brasil) o el destino (España);

Resulta de ello, por tanto, en este supuesto, la competencia judicial internacional de los Juzgados y Tribunales españoles.

6. En el Auto de 4/10/2018, siendo firmantes tanto España, Colombia como Brasil del citado Convenio de Montreal, resulta que son tres los Estados cuyos órganos jurisdiccionales ostentan competencia judicial internacional para el conocimiento de la reclamación, a elección de la demandante:

- En el territorio del Estado parte donde tenga su domicilio el transportista, esto es, la República de Colombia;
- En el territorio de un Estado parte el transportista tenga una oficina o establecimiento y de modo acumulado se haya celebrado el contrato; que resulta desconocido; o
- En el territorio de un Estado parte donde el vuelo tenga su origen (Colombia) o el destino (Brasil).

En cuanto que no se acredita que a través de agencia, sucursal, delegación u oficina abierta al público en España se haya adquirido el billete, sea de modo presencial o de modo telemático, no serían competentes los juzgados y Tribunales españoles. De admitirse la tesis de la demandante para fijar la competencia internacional resultaría que, a su elección, podrá dirigir la demanda a cualquiera de los Juzgados y Tribunales nacionales de cualquier Estado donde la demandada tenga delegación o sucursal, lo que excede de los fueros electivos dispuestos legalmente; so pena de permitir una jurisdicción universal de los juzgados mercantiles españoles sobre cualquier vuelo sin conexión objetiva con territorio nacional y en base a la sola circunstancia de la residencia del demandante o de sus asesores legales. Por lo que el Juzgado de lo Mercantil español declara la falta de competencia judicial internacional de los Juzgados y Tribunales españoles para conocer de dicha reclamación.

7. En el Auto 9/10/2018, no recogida en el Reglamento (UE) N° 241/2004 norma alguna en materia de competencia judicial internacional, siendo el país de origen y destino integrantes de la UE y la compañía aérea demandada operadora aérea de la Unión, resulta de aplicación el Reglamento (UE) N° 1215/2012 del Parlamento y del Consejo, de 12 de diciembre de 2012, relativo a la competencia judicial,

<sup>4</sup> Vid. STS 12 julio 2017 (ROJ: ATS 7655/2017).

<sup>5</sup> Vid. STJUE 9 Julio 2009 (asunto C-204-08).

el reconocimiento y la ejecución de resoluciones judiciales en el ámbito civil y mercantil (en adelante, Reglamento “Bruselas I bis”).<sup>6</sup>

Siendo de aplicación las normas de competencia judicial internacional recogidas en las disposiciones generales del Reglamento “Bruselas I bis” (artículos 4 a 6, donde rige el fuero imperativo del domicilio del demandado), salvo que resultasen de aplicación alguna de las normas competenciales especiales de los artículos 7 y siguientes; señalando las letras a) y b) del apartado 1º del artículo 7 que en supuestos de contratación internacional será, además, competente el órgano judicial del lugar donde se haya cumplido o deba cumplirse la obligación que sirva de base a la demanda y tratándose de prestación de servicios el tribunal del lugar en el que, según el Contrato, haya sido o deban ser prestados los servicios.<sup>7</sup> Resulta de ello en este Auto que, teniendo el vuelo su origen en Francia y destino en Polonia, operado por línea aérea de nacionalidad polaca, carecen los Juzgados y Tribunales españoles de competencia judicial internacional comunitaria para el conocimiento de la reclamación formulada al amparo del Reglamento (CE) N° 261/2004 debiendo optar la demandante por alguno de los fueros indicados. Por lo que el Juzgado declarara la falta de competencia judicial internacional de los Juzgados y Tribunales españoles para conocer de la reclamación en este caso.

**8.** En el Auto 18/10/2018, no estableciendo el Reglamento (CE) N° 261/2004 norma alguna en materia de competencia judicial internacional, resulta que siendo firmantes tanto España (= lugar de interposición de la demanda y destino final) como Suiza (= lugar de origen del vuelo) Portugal (= lugar de la conexión y del domicilio de la demandada) del Convenio de Montreal es doctrina recogida<sup>8</sup> señalando que el Convenio de Montreal tiene por objeto establecer un régimen uniforme respecto a determinados aspectos del transporte aéreo internacional, entre ellos, señaladamente a los efectos que aquí interesan.

Dicho régimen unificado comprende también normas de competencia judicial internacional que resultan imperativas en los términos del artículo 49 del Convenio. Todos los Estados Miembros, y la propia UE como sujeto de derecho internacional, son parte del Convenio de Montreal. Haciendo aplicación de tal doctrina al presente supuesto resulta que son tres los Estados cuyos órganos jurisdiccionales pueden ostentar competencia judicial internacional para el conocimiento de la presente reclamación, a elección del demandante en este caso como sigue:

- En el territorio del Estado parte donde tenga su domicilio el transportista, esto es, el Estado de Portugal; o
- En el territorio de un Estado parte el transportista tenga una oficina o establecimiento donde se haya celebrado el contrato, que resulta desconocido al limitarse la parte demandante a invocar la presencia de establecimiento; o
- En el territorio de un Estado parte donde el vuelo tenga su origen (Suiza), el del lugar de la conexión (Portugal) o el destino (España).

Resulta de ello la competencia judicial internacional de los Juzgados y Tribunales españoles.

### **III. Competencia judicial territorial de los Juzgados y Tribunales españoles para el conocimiento de las reclamaciones por compensación derivadas de transporte aéreo**

**9.** Si la reclamación es formulada por sociedad mercantil que de modo profesional y masivo se dedica con ánimo de lucro a la formulación de reclamaciones de compensaciones e indemnizaciones por razón de transporte aéreo, es doctrina sentada que:

<sup>6</sup> DOUE L 351/1, de 12 de diciembre de 2012.

<sup>7</sup> Así lo señala el Reglamento “Bruselas I bis” en el artículo 7: “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”.

<sup>8</sup> *Vid.* SAP Madrid 26 julio de 2017 (ROJ: SAP M 10881/2017).

1. Debe excluirse la aplicación del artículo 52.2 de la LEC, en cuanto la cualidad de consumidor no se transmite con la titularidad del derecho económico a la compensación o resarcimiento; y
2. Que el fuero territorial entre los Juzgados y Tribunales españoles viene determinado por las normas del artículo 51.1 de la LEC; esto es, a elección del demandante:
  - a. El domicilio del demandante;
  - b. El lugar donde la situación o relación jurídica haya nacido, admitiéndose la vía telemática desde el domicilio de los pasajeros o deba surtir efectos, siempre que y de modo acumulado a lo anterior, en dicho lugar tenga la demandada un establecimiento abierto al público o representante autorizado<sup>9</sup>; o,
  - c. El lugar de origen o de destino contractualmente fijados.<sup>10</sup>

Si los demandantes tienen la cualidad de consumidores, resultan ajenos y no aplicables tales criterios, siendo la aplicación del artículo 52.2 de la LEC.

**10.** Así se observa en el Auto 25/09/2018, en el que la reclamación de los perjuicios o compensaciones derivados de transporte aéreo de pasajeros es ejercitada por los propios consumidores (= pasajeros). Es doctrina recogida por el Tribunal Supremo<sup>11</sup>, que el fuero territorial viene determinado por las reglas imperativas del artículo 52.2 de la LEC<sup>12</sup> que señala que:

1. Será fuero preferente, a elección del demandante, el lugar del domicilio del pasajero, que desplaza a los fueros de los artículos 50 y 51 de la LEC.
2. Será fuero electivo por el pasajero, por la remisión al artículo 51 de la LEC para demanda dirigida contra persona jurídica:
  - a. El domicilio del demandante;
  - b. El lugar donde la situación o relación jurídica haya nacido (admitiéndose la vía telemática desde el domicilio de los pasajeros) o deba surtir efectos, siempre que y de modo acumulado a lo anterior, en dicho lugar tenga la demandada un establecimiento abierto al público o representante autorizado.
  - c. El lugar de origen o de destino contractualmente fijado.

Resulta de ello que en el Auto de 25/9/2018, no acreditándose que los demandantes tengan su domicilio en Madrid y no acreditado que la compra de los billetes se hubiera realizado telemáticamente desde su domicilio en Madrid y que, de modo simultáneo, la demandada tenga una oficina o dependencia en Madrid, carecen los Tribunales de esta ubicación de competencia territorial, por lo que no se admite la tesis planteada por la demandante de dirigir la demanda a cualquiera de los Juzgados y Tribunales donde la demandada tenga delegación o sucursal, lo que excede de los fueros electivos dispuestos legalmente. Por lo que se declara la falta de competencia territorial de los Juzgados y Tribunales de Madrid, estimándose competentes territorialmente si los actores mantienen su opción por el fuero internacional del lugar de origen del vuelo, los Juzgados y Tribunales de Sevilla.

**11.** De la misma forma el Juzgado de lo Mercantil de Madrid señala, en el Auto de 18/10/2018, que la reclamación de los perjuicios o compensaciones derivados de transporte aéreo de pasajeros es ejercitada por los propios consumidores/pasajeros, por lo que el fuero territorial viene determinado por las reglas imperativas del artículo 52.2 LEC. Resulta de ello que no acreditándose que los demandantes tengan su domicilio en Madrid (sólo lo acredita su Letrado, quien dedicado masivamente a la prestación de servicios profesionales de reclamación de derechos de compensación nacidos de transporte aéreo de

<sup>9</sup> Vid. STS 12 julio 2017 (ROJ: ATS 7655/2017).

<sup>10</sup> Vid. STJUE 9 de julio 2009 (asunto C-204-08).

<sup>11</sup> Vid. STS 14 de febrero 2018 (ROJ: ATS 1284/2018).

<sup>12</sup> Ley 1/2000, de 7 de enero, de Enjuiciamiento Civil (BOE núm. 7, de 8 de enero del 2000).

pasajeros elige el fuero de su despacho profesional, no el de los pasajeros), y no acreditado por las demandantes que la compra de los billetes se hubiera realizado presencialmente o telemáticamente desde su domicilio en Madrid o en las dependencias o establecimientos de la demandada radicados en Madrid, y que de modo simultáneo la demandada tenga una oficina o dependencia en Madrid, carecen los Tribunales de esta ubicación de competencia territorial, estimándose competentes territorialmente, si los actores mantienen su opción por el fuero internacional del lugar de origen del vuelo, los tribunales de Málaga, por ello se rechaza la competencia de este Tribunal.

**12.** La Audiencia Provincial de Girona también se ha pronunciado respecto de la competencia territorial. En el Auto de 27/9/2018 los demandantes, con domicilio en Salt (Girona), interponen demanda frente a la compañía aérea WIZZ AIR con domicilio en Madrid, en base a un retraso sufrido en su vuelo de Barcelona a Bucarest. El meritado vuelo despegó con un retraso de 5 horas y 58 minutos. Los demandantes estiman que tienen derecho a una indemnización de 1.100 € correspondiere a 550 € por pasajero, y ello con arreglo al siguiente desglose:

- 400 € como compensación del artículo 7 del Reglamento 261/2004 por retraso superior a 3 horas; y
- 150 € por daño moral suplementario, debido a que el retraso alcanzó más de 5 horas.

La compañía aérea demandada no compareció en el proceso estando debidamente emplazada. El Auto impugnado, desestima la competencia territorial en base al Reglamento 1215/2012. Los demandantes formulan recurso de apelación invocando el artículo 52.2 de la LEC, y por indebida interpretación del Reglamento “Bruselas I bis”.

**13.** La cuestión de la competencia territorial para conocer de una reclamación promovida contra una compañía aérea en relación a un retraso padecido por el pasajero, ha sido resuelto, en el siguiente sentido: la Sala ha reiterado respecto a la competencia territorial en los supuestos de reclamación por consumidores en relación al contrato de transporte aéreo, suscritos por vía telemática que la competencia territorial se rige por el fuero imperativo previsto en el artículo 52.2 de la LEC, especial para la protección de consumidores, que desplaza el fuero común del domicilio del demandado para relaciones contractuales previsto en los artículos 50 y 51 de la LEC. Tratándose de una acción de reclamación de cantidad que no tiene señalada especialidad por la materia y que por ende se encauzó por su cuantía a través del juicio verbal, procedimiento en el que no cabe la sumisión por venir la competencia siempre determinada imperativamente, antes que los fueros generales relativos al domicilio o residencia del demandado se ha de estar a los especiales del artículo 52 de la LEC, cuyo apartado 2 dispone que la competencia para conocer de las acciones derivadas de un contrato de prestación de servicios en que haya mediado oferta pública corresponde al tribunal del domicilio del prestatario.

**14.** Constituye factor determinante de una interpretación favorable al consumidor conforme a la Directiva 93/13/CEE del Consejo, de 5 de abril de 1993<sup>13</sup> que se ejercite una acción individual por un consumidor, porque en otro caso se vulneraría irremediablemente el derecho a la tutela judicial efectiva, que para una reclamación de no muy elevada cuantía, se vería obligado a una suerte de peregrinaje judicial, cuando la realidad social muestra una práctica generalizada de contratación de servicios por vía telefónica o telemática en la que el consumidor suele estar perfectamente localizado, mientras que la exacta localización de la compañía con la que contrata, o de los empleados que lo hacen en su nombre, resulta extremadamente difícil.

En consecuencia, en aplicación del artículo 52.2 de la LEC y teniendo los demandados su domicilio en Salt (Girona) procede declarar la competencia del Juzgado de lo Mercantil de Girona, y con ello se impone estimar el recurso. Se estima el recurso de apelación contra WIZZ AIR interpuesto por los demandantes, revocando así el Auto del Juzgado de lo Mercantil de Girona y se declara la competencia territorial al Juzgado de lo Mercantil de Girona, el cual, deberá conocer de la demanda.

<sup>13</sup> DOCE *núm.* 95, de 21 de abril de 1993.

#### IV. Valoración Global

15. En el ámbito del transporte aéreo de pasajeros el Derecho europeo vigente tiene como finalidad que los pasajeros vean resarcidos completamente los perjuicios que pudieran sufrir en el desarrollo de su vuelo. En este contexto manifiesta significativa relevancia el Reglamento (CE) N° 261/2004 que incluye ciertas condiciones de indemnización por los daños y perjuicios sufridos y que puede ejercitarse frente al transportista u operador aéreo, en caso de cancelación, denegación de embarque o retraso significativo del vuelo. Como regla general, las disposiciones de este Reglamento se aplican a los pasajeros que salen de aeropuertos situados en el territorio de un Estado miembro y a todos aquellos que llegan a dichos aeropuertos desde un tercer país cuando el vuelo es operado por una compañía de la UE. Ahora bien, este derecho de compensación plantea cuestiones relevantes de competencia judicial internacional a la hora de determinar los tribunales ante los que el pasajero debe acudir para ejercitar de forma efectiva su derecho.

16. Se trata ésta de una materia que se encuentra unificada dentro de la UE en cuanto a reglas de competencia judicial internacional, este instrumento debe coordinarse con otros posiblemente aplicables en este ámbito. Por un lado, la potencial incidencia de la normativa europea en materia de consumo, puede plantear la eventual nulidad por abusivas de las cláusulas relativas a los acuerdos de elección de tribunales contenidos en los Términos y Condiciones de transporte del operador aéreo con el que el pasajero contrata; y, por otro lado la existencia de ciertas normas imperativas sobre competencia judicial internacional unificadas convencionalmente, y que operan en ciertos casos de responsabilidad del transportista dentro de la UE, como es el caso de responsabilidad por retraso cubierto por el Convenio de Montreal del que la UE es parte, también obliga a analizar la compatibilidad de estas cláusulas con estas normas para determinar su eficacia en estos casos.

17. Al margen de la posible concurrencia de cláusulas de elección de tribunales efectivas que vinculen al pasajero a la hora de determinar la jurisdicción competente para conocer de su demanda sobre derecho de compensación, o en defecto de aquella, resulta esencial la concreción del lugar de ejecución del contrato de transporte y la determinación de la competencia territorial con el fin de que la reclamación se lleve a cabo efectivamente.

18. Habría que concretar los supuestos y condiciones en los que para el pasajero se genera el derecho a reclamar la compensación, procede delimitar frente a quién puede ejercitarse la acción y dónde, estando ambas cuestiones interrelacionadas en la concreción de los fueros de competencia judicial internacional. La delimitación del responsable es una cuestión sencilla cuando entre las partes existe un contrato de transporte, esto es, cuando el trayecto es desarrollado por un único transportista y el incidente generador del derecho de compensación tiene lugar durante el mismo. Ahora bien, cuando el transporte contratado se realiza por más de un transportista que se encarga de realizar distintos trayectos y el incidente tiene lugar durante el desarrollo del trayecto a cargo de un operador con el que no media contrato es cuando se presentan las dificultades de determinación de competencia judicial internacional, como hemos observado en los Autos del Juzgado de lo Mercantil de Madrid de 25/9/2018, 4/10/2018, 9/10/2018, 18/10/2018 y la Sentencia de la Audiencia Provincial de Girona de 27/9/2018, en los que diversos factores determinaban la competencia judicial internacional en base a las características de cada contrato y el trayecto de cada uno. De esta manera, en el Auto de 25/9/2018, el Juzgado de lo Mercantil de Madrid señala que el Reglamento (CE) N° 261/2004 no establece norma alguna en materia de competencia judicial internacional, por lo que se debe recurrir al Convenio de Montreal, resultando de ello la competencia judicial internacional de los Juzgados y Tribunales españoles. El mismo criterio se observa en el Auto 18/10/2018. Sin embargo, en el Auto de 4/10/2018 el Tribunal señala la carencia de competencia judicial internacional de los juzgados y tribunales españoles, porque no se acredita suficientemente que el billete haya sido adquirido en España.

Por su parte, en el Auto 9/10/2018, no estableciendo el Reglamento (CE) N° 241/2004 norma alguna en materia de competencia internacional, siendo el país de origen y destino integrantes de la UE y la compañía aérea demandada operadora aérea de la Unión, resulta de aplicación del Reglamento

“Bruselas I bis”. Resulta de ello en este Auto que carecen los Juzgados y Tribunales españoles de competencia judicial internacional para el conocimiento de la reclamación formulada.

Respecto a la competencia judicial territorial, se debe tomar en cuenta si la reclamación es formulada por sociedad mercantil o por consumidores, para así aplicar los fueros correspondientes a cada situación. En el Auto 25/09/2018 en el que la reclamación de los perjuicios o compensaciones derivados de transporte aéreo de pasajeros es ejercitada por los propios consumidores, no acreditándose que los demandantes tengan su domicilio en Madrid (España) y no acreditado que la compra de los billetes se hubiera realizado telemáticamente desde su domicilio en Madrid, carecen los Tribunales de esta ubicación de competencia territorial, siendo competente los Juzgados y Tribunales de Sevilla. Lo mismo se determina en Auto de 18/10/2018, siendo competentes los Juzgados y Tribunales de Málaga y no así los de Madrid. Sin embargo, la Audiencia Provincial de Girona también se ha pronunciado respecto de la competencia territorial, en el Auto de 27/9/2018, apostando por la competencia del Juzgado de lo Mercantil de Girona.

# EL JUEGO DE LA PRESCRIPCIÓN EN EL EJERCICIO DE ACCIONES JUDICIALES DE RECLAMACIÓN DE DAÑOS Y PERJUICIOS DERIVADAS DE ILÍCITOS CONTRA LA COMPETENCIA

## DEALING WITH THE STATUTE OF LIMITATION IN CLAIMS FOR DAMAGES ARISING OUT OF ANTITRUST INFRINGEMENTS

ALBERT POCH  
*Redi Abogados*

Recibido: 10.07.2019 / Aceptado: 02.09.2019

DOI: <https://doi.org/10.20318/cdt.2019.5016>

**Resumen:** La transposición al ordenamiento español de la Directiva 2014/104/UE, mediante Real Decreto-Ley 9/2017, ha supuesto un avance significativo en la regulación de la prescripción de las acciones de responsabilidad civil por daños derivados de infracciones antitrust. Pese a los innegables beneficios que, en términos de seguridad jurídica, introduce la nueva normativa, en el presente artículo se examinarán las dudas que actualmente persisten a raíz del régimen transitorio, así como la eventual ineffectividad de la regulación de la prescripción prevista en el Código Civil, para resarcir a los perjudicados de una infracción antitrust ex artículo 101 y 102 TFUE.

**Palabras clave:** aplicación privada, acciones de daños, Directiva de daños, prescripción, acciones follow-on, Cogeco.

**Abstract:** The transposition into Spanish legislation of Directive 2014/104/EU, by Royal Decree-Law 9/2017, has made important progress in the regulation of the statute of limitation in actions for damages arising out of antitrust infringements. Despite the undeniable benefits that the new regulation has provided in terms of legal certainty, this article will examine the doubts that currently persist as a result of the transitory regime, as well as the eventual ineffectiveness of the regulation of the prescription provided in the Civil Code, in order to compensate the victims of an antitrust infringements ex Article 101 and 102 FTEU.

**Keywords:** private enforcement, damages actions, damages Directive, statute of limitation, follow-on claims, Cogeco.

**Sumario:** I. Introducción: algo que reclamar. II. La responsabilidad civil del infractor del Derecho de la competencia antes del RD 9/2017. 1. La LRPRC 1963. 2. La LDC 1989. 3. El Reglamento 1/2003. 4. La LDC 15/2007. III. La transposición de la Directiva de Daños. IV. El régimen transitorio del RD 9/2017. V. Aplicación del RD 9/2017 a las acciones por daños nacidas con posterioridad a su entrada en vigor. VI. Determinación del régimen jurídico aplicable a la acción nacida y no prescrita. 1. La eventual modificación legislativa de situaciones no consolidadas. 2. El concepto de retroactividad. 3. Una elección consciente del legislador (de la UE y nacional). VII. Hacia un sistema efectivo de reclamación por daños derivados de infracciones antitrust. 1. La interpretación restrictiva (o el triunfo) de la prescripción 2. Un plazo “extremadamente breve”, potencialmente contrario al orden público de la UE 3. La obligada adopción de un criterio sobre la prescripción

que no haga imposible o excesivamente difícil el ejercicio de acciones por daños y perjuicios. VIII. Reclamando a ciegas: el caso *Trucks*. 1. Un cártel de gran tonelaje. 2. Determinación del *dies a quo*. 3. Un mismo régimen legal aplicable para todos los integrantes del cártel. IX. Conclusiones: el esperado fin de una carrera de obstáculos.

*“For the loser now  
ill be later to win  
For the times they are a-changin’.”<sup>1</sup>*

## I. Introducción: algo que reclamar

1. Sucede con frecuencia, a los que intentamos dedicarnos a la aplicación privada del Derecho de la competencia, que la primera conversación con las víctimas de una práctica anticompetitiva, consista en explicar porqué tiene derecho a reclamar los daños y perjuicios que dicha actuación le haya podido causar, pues el importe de la sanción interpuesta por la autoridad de competencia tiene una finalidad meramente disuasoria y cuando se pague su importe –cosa que ocurre con menos frecuencia de la deseada– éste irá a parar a las arcas públicas.

2. Ello se debe a que, en Derecho de la competencia, el ordenamiento español tradicionalmente se ha centrado en su aplicación pública, esto es, la investigación y sanción de las infracciones por parte de las autoridades administrativas, mientras que la reclamación de daños ha quedado relegada a un segundo plano, hasta el punto de que muchos de los perjudicados ignoran siquiera la posibilidad de reclamar, o bien focalizan sus esfuerzos en intentar (vanamente) que la administración les compense el daño sufrido con el importe de la multa impuesta a los infractores<sup>2</sup>.

3. La dualidad de esferas, pública y privada, también incide, directamente, en la oportunidad de reclamar daños y perjuicios por parte de los perjudicados. Y ello por la sencilla razón de que, en una acción *stand-alone*, esto es, sin que exista una previa resolución administrativa que “destape” la infracción, probar la existencia de la conducta ilícita resulta una tarea prácticamente imposible, mientras que, en las acciones *follow-on*, la existencia de una sanción por parte de las autoridades de competencia, posibilita al perjudicado la prueba de la actuación ilícita, pero plantea no pocos problemas ligados al momento oportuno para formular la reclamación judicial, al encontrarse ésta condicionada por la firmeza (o no) de la resolución sancionadora.

4. Sucede en consecuencia que, pese a que, tanto en el ámbito europeo como en el nacional, es perfectamente posible e incluso deseable<sup>3</sup> el ejercicio una acción de daños basada en la infracción de las normas antitrust, en la práctica, ni los perjudicados son realmente conscientes del derecho que les asiste a reclamar daños y perjuicios, ni el ordenamiento ha ofrecido hasta ahora la seguridad jurídica necesaria para que sea posible<sup>4</sup>.

<sup>1</sup> B. DYLAN, “*The times they are a-changin’*” (1964).

<sup>2</sup> Nos referimos, por ejemplo, a los ganaderos del sector lácteo perjudicados por el cártel de compradores de leche cruda de vaca (S/0425/12: INDUSTRIAS LACTEAS 2) sancionado por la Nacional del Mercado y la Competencia (“CNMC”), que, a través de las organizaciones agrarias han entablado multitud de contactos con el ministerio de agricultura, para que “*la recaudación de la multa que tiene que hacer a Hacienda se traslade al Ministerio de Agricultura española y este, en última instancia, pueda devolver el dinero de la sanción a los ganaderos perjudicados durante todos estos años*”, tal y como puede leerse en la noticia publicada el 18 de mayo de 2018 por El Nacional cuyo texto íntegro puede consultarse [aquí](#).

<sup>3</sup> Como nos recuerda la célebre sentencia del Tribunal de Justicia de la Unión Europea (“TJUE”) del caso *Courage* (Apdo. 27): “*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*.”

<sup>4</sup> Conclusión compartida por I. SANCHO GARGALLO “Aplicación privada de las normas antitrust” en J.A. GARCÍA-CRUCES “Tratado de derecho de la competencia y de la publicidad”, Ed. Tirant lo Blanch (2014), tomo I, pp. 907-963 que, en el análisis sobre las causas de la baja litigación, refiere dos: “*Ello puede ser debido, de una parte, a que no existe una cultura jurídica propicia que facilite el ejercicio de estas acciones y su resolución y, de otra, a la existencia de dificultades prácticas procesales que disuaden a los interesados de plantear estas cuestiones ante la jurisdicción ordinaria*”.



5. Ello ha provocado que el número de reclamaciones presentadas ante los tribunales haya sido muy escaso hasta la fecha, en comparación con el gran número de afectados potenciales –salvo la reciente excepción del cártel de camiones (caso AT.39824 - “Trucks”), que posteriormente se analizará–, por lo que España se presenta como uno de los países más permeables al impulso de las acciones de daños y perjuicios por incumplimiento de la normativa de defensa de la competencia llevado a cabo por la Unión Europea (“UE”)<sup>5</sup>, cuyo zenit constituye la aprobación de la 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 UE (la “Directiva de Daños”).

6. La transposición de la Directiva de Daños al ordenamiento español, por medio del Real Decreto-ley 9/2017, de 26 de mayo, por el que se transponen las directivas de la UE en los ámbitos financiero, mercantil y sanitario, y sobre el desplazamiento de trabajadores (el “RD 9/2017”), supone un avance indiscutible en la defensa de los derechos de los perjudicados por infracciones antitrust, toda vez que, a partir de una concepción positiva del papel desempeñado por las acciones de daños y perjuicios en la lucha contra las infracciones antitrust, clarifica las reglas del juego para que las reclamaciones puedan prosperar.

7. Sin embargo, hasta que los afectados no adquieran plena consciencia de su derecho a exigir una compensación y los tribunales resuelvan las reclamaciones de daños al amparo de la nueva normativa, la entrada en vigor del RD 9/2017, el 27 de mayo de 2017, deja sin resolver el interrogante de su aplicación temporal, así como su eventual aplicación a conductas anticompetitivas que se hubiesen llevado a cabo –y, presuntamente, concluido– con anterioridad a su entrada en vigor.

8. Como veremos, la cuestión no es sencilla y plantea múltiples interpretaciones posibles que, a su vez, tienen un impacto decisivo en las posibilidades de éxito de los afectados por una infracción antitrust a la hora de reclamar una indemnización, a causa de los exiguos plazos de prescripción que se establecen para las acciones de responsabilidad extracontractual, un año según el artículo 1968 del Código Civil (“CC”) o tres años ex art 121-21 del Código Civil de Cataluña (“CCCat”)<sup>6</sup>.

9. Y es que las reclamaciones de daños efectuadas al amparo de la normativa anterior a la entrada en vigor del RD 9/2017, pueden verse frustradas –vulnerando el principio de efectividad– si no vienen acompañadas de una interpretación del *dies a quo* que proporcione seguridad jurídica a los perjudicados.

10. Algunas resoluciones judiciales dictadas hasta la fecha ya han afrontado el problema en el que seguidamente trataremos de profundizar y otras, como la sentencia del TJUE de fecha 28 de marzo de 2019 en el procedimiento C-637/17 (“Cogeco”), permiten solventar gran parte de las incertidumbres que hasta la fecha han pesado en el ejercicio de las acciones por daños.

---

<sup>5</sup> Nos referimos a la publicación por parte de la Comisión Europea (“CE”), el 19 de diciembre de 2005, del denominado “Libro Verde” sobre *“reparación de daños y perjuicios por incumplimiento de las normas comunitarias de defensa de la competencia”*, que vino seguido de la aprobación del “Libro blanco”, el 2 de abril de 2008.

<sup>6</sup> El TSJ de Cataluña ha señalado de forma reiterada que la normativa prevista en los artículos 121-1 a 121-24 del CCCat es aplicable con carácter general en Cataluña incluso en aquellas relaciones jurídicas no específicamente reguladas en el CCCat. En este sentido, la STSJ de Cataluña de 4 de diciembre de 2017 dice al respecto lo siguiente: *“Así, en las STSJCat de 12 de septiembre de 2011 o de 14 de noviembre de 2016 dijimos que el actual sistema de fuentes viene establecido en el art. 111-1 a cuyo tenor “El derecho civil de Cataluña está constituido por las disposiciones del presente Código, las demás leyes del Parlamento en materia de derecho civil, las costumbres y los principios generales del derecho propio, aunque la costumbre solo rige en defecto de ley aplicable”, precepto complementado por el artículo 111-5 cuando dice que las disposiciones del derecho civil de Cataluña se aplican con preferencia a cualesquiera otras. El derecho supletorio solo rige en la medida en que no se opona a las disposiciones del derecho civil de Cataluña o a los principios generales que lo informan. De ahí que las normas relativas a la prescripción contenidas en los artículos antes citados sean de aplicación general y preferente en Cataluña aunque la totalidad de la relación jurídica a la que resulte aplicable no venga regulada en el Código civil catalán sino en el CC.”*

## II. La responsabilidad civil del infractor del Derecho de la competencia antes del RD 9/2017

11. La posibilidad de reclamar daños y perjuicios derivados de infracciones antitrust no ha ofrecido duda, en derecho español, ya desde los años 60 del siglo pasado, con la promulgación de la Ley 110/1963, de 20 de julio, de represión de prácticas restrictivas de la competencia (“LRPRC 1963”), antecedente de la Ley 16/1989, de 17 de julio de 1989, de defensa de la competencia (“LDC 1989”) y posterior Ley 15/2007, de 3 de julio, de defensa de la competencia (“LDC 2007”).

12. Todo ello, en un contexto en el que la normativa europea ha tenido, cada vez más influencia, a raíz de las competencias asumidas por la UE —expresadas en los artículos 81 y 82 del Tratado de la Comunidad Europea<sup>7</sup> y en el Reglamento CE 1/2003, de 16 de diciembre de 2002, relativo a la aplicación de normas sobre competencia previstas en los artículos 81 y 82 del Tratado (“Reglamento 1/2003”)— y por la importancia que han adquirido las resoluciones dictadas en materia de competencia por la CE, en las reclamaciones de daños de carácter *follow-on*.

### 1. La LRPRC 1963

13. La primigenia LRPRC 1963 admitía de forma expresa la posibilidad de que las acciones de resarcimiento de daños y perjuicios pudieran ejercitarse ante la jurisdicción civil ordinaria, por parte de los perjudicados de una infracción antitrust, pero establecía la prejudicialidad administrativa del Tribunal de Defensa de la Competencia (“TDC”), de tal forma que la acción de resarcimiento se entendía naturalmente de forma consecutiva a la firmeza de la sanción impuesta en vía administrativa.

14. Según se expresaba en la exposición de motivos de la norma, “*la determinación de prácticas restrictivas como contrarias al orden público económico, por resolución del TDC, constituye una presunción legal en cuanto a las demás esferas jurisdiccionales en lo que es intangible la probanza de los hechos*”, por lo que, una vez alcanzada la firmeza de la resolución, los hechos probados por el TDC se declaraban irrevisables por parte de los tribunales de los otros órdenes jurisdiccionales.

15. Además, la LRPRC 1963 dotaba a la acción civil de resarcimiento de daños de una sustantividad propia, al regular también la prescripción, tal y como se recogía en su artículo sexto:

*“Los perjudicados por las prácticas restrictivas declaradas prohibidas por el Tribunal de Defensa de la Competencia podrán ejercitar acción de resarcimiento de daños y perjuicios ante la jurisdicción civil ordinaria en plazo no superior a un año, a contar del día en que sea firme la declaración del Tribunal.”*

[el destacado es nuestro]

16. En consecuencia, la LRPRC 1963 establecía un régimen de responsabilidad propio (y, prácticamente, autosuficiente), que, si bien otorgaba al TDC toda iniciativa en la persecución de las conductas colusorias, ofrecía pocas dudas en cuanto al momento de interposición de la acción por parte del perjudicado, el plazo de prescripción de la acción o la eficacia de las resoluciones del TDC en el orden civil.

### 2. La LDC 1989

17. En una línea similar a su predecesora, la LDC 1989 mantuvo en su articulado una referencia expresa a la acción de resarcimiento de daños y perjuicios, aunque, a diferencia de la legislación anterior, los contornos de la acción quedaron más difusos, al desaparecer la referencia al TDC y al plazo de prescripción de un año.

En este sentido, el artículo 13 de la LDC 1989 disponía que:

<sup>7</sup> En la actualidad, artículos 101 y 102 del Tratado Fundacional de la Unión Europea (“TFUE”).

"1. Las sanciones a que se refiere la presente Ley se entenderán sin perjuicio de otras responsabilidades que en cada caso 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".

[el destacado es nuestro]

18. La preponderancia de la aplicación pública del Derecho de la competencia sobre la aplicación privada, quedaba patente en la parca regulación de la acción de resarcimiento en el texto legal, pues parecía subordinar la reclamación de daños a la firmeza de la vía administrativa –aunque no contemplaba una prejudicialidad administrativa, en sentido estricto– y se remitía a las “leyes civiles” en cuanto al régimen procesal y sustantivo de la acción de resarcimiento.

19. Y, precisamente, la falta de definición sobre la naturaleza de la acción –acompañado de una incipiente práctica ante los tribunales de este tipo de reclamaciones–, abrió el debate sobre si nos encontramos ante una responsabilidad contractual ex artículo 1258 CC, o, extracontractual, sobre la base del artículo 1902 CC, finalmente superado en favor de esta última<sup>8</sup>, con las evidentes repercusiones que ello puede tener en materia de prescripción.

### 3. El Reglamento 1/2003

20. Vigente la LDC 1989, el Reglamento 1/2003 vino a clarificar el panorama legislativo, toda vez que, al atribuir a los tribunales nacionales la facultad de conocer de una acción de responsabilidad civil derivada de un ilícito antitrust sin que previamente existiera un pronunciamiento de la CE al respecto o se suspendiera el procedimiento judicial cuando hubiere una investigación en curso, eliminaba cualquier duda sobre la posibilidad de que los perjudicados realizaran un ejercicio *stand alone* de la acción de resarcimiento, basada en la infracción de normas antitrust comunitarias.

21. La potenciación de la aplicación privada del Derecho de la competencia como un mecanismo resarcitorio de los perjudicados, pero también como instrumento de disuasión dirigido a los infractores, supuso un cambio de enfoque respecto de la legislación nacional preexistente, que concebía la acción de resarcimiento de forma consecutiva a la previa sanción administrativa.

22. La discrepancia generada por el distinto tratamiento de las acciones civiles, según derivasen de una infracción de la normativa nacional o comunitaria, hizo virar la interpretación del artículo 13.2 LDC 1989 para flexibilizar la acción de resarcimiento al estándar comunitario y permitir su ejercicio *stand alone*, lo que provocó, como explica I. SANCHO GARGALLO<sup>9</sup>, que proliferara “una interpretación doctrinal más flexible, que entendía el término “podrá” del art. 13.2 LDC1989 en el sentido de permitir al particular la opción de acudir directamente a los tribunales civiles para que declararan la ilicitud del acto y condenaran a reparar los perjuicios sufridos”.

23. Consecuencia de ello, derivaba en que, al no tener que esperar al dictado de una resolución sancionadora por parte de las autoridades de competencia para poder reclamar el resarcimiento de los daños, los perjudicados no tuvieron que esperar durante años para poder reclamar y, por tanto, el número de reclamaciones de daños se incrementara.

<sup>8</sup> La emblemática STS 8 de junio de 2012 (ROJ STS 5462/2012, J.R. FERRÁNDIZ GABRIEL) dictada contra Acor Sociedad Cooperativa, en el marco del proceso contra las empresas del cártel del azúcar, razona que “ante la dualidad de responsabilidades, la contractual y la extracontractual –a las que los anglosajones se refieren como “the law of contract” y “the law of torts”-, hay que entender con la recurrente que nos hallamos en el ámbito de la segunda”, aunque parece dejar abierta la posibilidad de que, también bajo la órbita contractual, puedan exigirse responsabilidades por infracción del deber de buena fe.

<sup>9</sup> I. SANCHO GARGALLO, “Aplicación privada de las normas antitrust”, op. cit. pp. 907-963.

#### 4. LDC 15/2007

24. La aprobación de la LDC 15/2007, en su redacción original, dio un paso más hacia la aparente desvinculación de los ámbitos público y privado del Derecho de la competencia, al desaparecer del texto legal cualquier referencia a la acción de resarcimiento por daños.

25. En un intento por equiparar la legislación nacional con el derecho de la UE<sup>10</sup>, la LDC 15/2007 dejó de contemplar la existencia de una resolución sancionadora, como un requisito previo a la interposición de la acción de daños, con el fin de posibilitar a los particulares el ejercicio de acciones *stand alone* basadas en la infracción de las normas de competencia nacionales<sup>11</sup>.

26. Y a fin de precisar los efectos que podía producir, en el procedimiento civil ya iniciado, la apertura de un expediente administrativo por infracción de normas antitrust, la disposición adicional 2.5 de la LDC 15/2007 introdujo una referencia a la prejudicialidad administrativa en la Ley 1/2000 de Enjuiciamiento Civil (“LEC”) que, en su artículo 434.3, incorporó la posibilidad de suspender el plazo para dictar sentencia, cuando el tribunal tuviera conocimiento de la existencia de un expediente administrativo ante la CE, la CNMC o ante las autoridades de las Comunidades Autónomas y resultara necesario conocer el pronunciamiento del órgano administrativo<sup>12</sup>.

27. No obstante, al orillar la LDC 15/2007 cualquier referencia a las acciones de resarcimiento de daños de carácter consecutivo o *follow-on*, quedaba por determinar la incidencia del procedimiento administrativo ya iniciado en el procedimiento ulterior civil, a los efectos de determinar un cauce procesal que proporcionara seguridad jurídica para que los perjudicados por una práctica anticompetitiva, previamente sancionada por las autoridades de competencia, pudieran solicitar el resarcimiento de los daños causados ante los tribunales de justicia.

28. Y es que la determinación del momento procesal oportuno para la interposición de la reclamación judicial de resarcimiento de daños *follow-on*, que no presentaba dudas a la luz de la normativa anterior porque tanto la LRPRC 1963 como la LDC 1989 entendían que ésta podía interponerse, en todo caso, con la firmeza de la vía administrativa, quedaba sujeta, con la nueva norma, a otra interpretación según la cual la reclamación por daños podía interponerse ante los tribunales sin necesidad de esperar a la firmeza de la resolución.

29. Un vacío legal, que, rápidamente, fue explotado por los infractores del Derecho de la competencia, que creyeron descubrir un filón en la defensa de sus intereses: situar el *dies a quo* para el cómputo de la prescripción en la fecha de emisión de la resolución de la autoridad de competencia o, mejor aún, desde la fecha en la que se publicó la nota de prensa que advertía del inicio de actividades investigadoras por la existencia de posibles prácticas anticompetitivas, con la intención, evidente, de que las reclamaciones por daños se declarasen prescritas antes de que la resolución sancionadora fuera firme o, incluso, antes de que finalizara el propio procedimiento sancionador<sup>13</sup>.

<sup>10</sup> La entrada en vigor de la LDC 15/2007 se produce poco después de la STJUE de 13 de julio de 2006, Asuntos acumulados C-295/04 a C-298/04, *Manfredi*, que había establecido el principio de que las normativas nacionales no podían obstaculizar este resarcimiento efectivo de las víctimas de una conducta antitrust.

<sup>11</sup> Lo explica perfectamente –y con inquietante precisión sobre lo que acabaría sucediendo en la práctica– I. Díez PICAZO, “Sobre algunas dificultades para la llamada “aplicación privada” de las normas de competencia en España”, en “1989-2007 Una reflexión sobre la política de defensa de la competencia”, Libro Marrón, C. Empresarios 2008, pp. 53-74.

<sup>12</sup> Nótese que, la LDC 15/2007, también supuso la incorporación del artículo 465.5 LEC, en sede de apelación, a efectos de que pudiera suspenderse el dictado de la sentencia de segunda instancia, cuando se encontrase pendiente el expediente ante las autoridades de competencia.

<sup>13</sup> Como se puede comprobar en las sentencias del cártel de sobres de papel (por todas, sentencia del Juzgado Mercantil de Barcelona nº 3, de 5 de septiembre de 2018 –ECLI: ES:JMB:2018:2726–), es habitual que los cartelistas demandados aleguen al unísono la existencia de prejudicialidad contencioso-administrativa y la prescripción de la acción, aunque ello sea jurídicamente incompatible toda vez que, si hay prejudicialidad, el *dies a quo* no puede considerarse iniciado.

30. Pues bien, aunque volveremos posteriormente sobre el particular, es importante subrayar ahora que dicha interpretación, que, en la práctica, supondría hacer inefectivas las reclamaciones por daños de los perjudicados, ha quedado ampliamente superada por la sentencia del TJUE en el asunto Cogeco, al establecer que *“un plazo de prescripción corto, que no pueda suspenderse o interrumpirse mientras duren los procedimientos a cuyo término la autoridad nacional de la competencia o una instancia de recurso dictará una resolución firme”* es contrario a los artículos 101 y 102 del TFUE y al principio de efectividad.

### III. La transposición de la Directiva de Daños

31. La transposición de la Directiva de Daños al ordenamiento español, mediante RD 9/2017, de 26 de mayo, ha supuesto una auténtica revolución en la aplicación privada del Derecho de la competencia en nuestro país, en cuanto a seguridad jurídica de los afectados por una práctica anti competitiva se refiere.

32. Y es que, a diferencia de la normativa vigente hasta ese momento, el RD 9/2017 establece un plazo de 5 años de prescripción para que los afectados puedan reclamar (artículo 74.1), la suspensión de la prescripción en caso de recurso contencioso-administrativo de la resolución sancionadora (artículo 74.2) y la eficacia de la resolución sancionadora, en el procedimiento civil (artículo 75).

33. Ninguno de dichos logros merece ser menospreciado en el marco de interpretaciones fatalistas o que restan valor al catálogo de medidas que introduce la norma por la sencilla razón de que, el sistema de responsabilidad civil existente hasta la fecha, ya hacía posible muchas de las soluciones (por ejemplo, la solidaridad de los miembros del cártel) que ahora el RD 9/2017 pone negro sobre blanco.

34. Y ello porque, como se ha visto, la principal barrera que hasta la fecha ha impedido que las acciones por daños derivados de infracciones antitrust pudieran prosperar ha estado en la falta de conocimiento (de cultura) sobre este tipo de reclamaciones y, sobretodo, en la inseguridad jurídica con la que se encontraban quienes, siendo conocedores de la posibilidad de reclamar, decidían no hacerlo por falta de concreción de la norma sobre el momento oportuno para ello.

35. Por ello, la transposición de la Directiva de Daños al ordenamiento español, mediante RD 9/2017, de 26 de mayo es tan relevante, porque, además de proporcionar un cauce procedimental para que las víctimas de una infracción antitrust puedan reclamar, confiere un mandato a las autoridades de los estados miembros para que faciliten las acciones civiles de reclamación de daños y resarzan plenamente a los perjudicados (facultando a los tribunales, incluso, para que puedan estimar el importe de los daños y perjuicios en supuestos de imposible o difícil cuantificación<sup>14</sup>), como parte de la lucha contra las infracciones del Derecho de la competencia.

### IV. El régimen transitorio del RD 9/2017

36. Queda claro del propio tenor de la Directiva de Daños, que el legislador de la UE quiso establecer un ámbito de aplicación temporal limitado de la norma, circunstancia que se desprende con toda claridad de su artículo 22.1, el cual establece que las normas sustantivas no se deben aplicar con efecto retroactivo.

37. Por el contrario, del artículo 22.2 de la Directiva de Daños, resulta que los Estados miembros disponían de la facultad discrecional para decidir, a la hora de su transposición, si las normas nacionales que transponían las disposiciones procesales se aplicaban o no a las acciones por daños ejercitadas después del 26 de diciembre de 2014, pero antes de la fecha de transposición de la citada Directiva o, a más tardar, antes de la expiración de su plazo de transposición.

<sup>14</sup> Artículo 76.2 LDC.

38. Pues bien, el legislador español –que, como es bien sabido, no fue puntual a la hora de transponer la Directiva de Daños<sup>15</sup>– estableció en la disposición transitoria primera (“D.T.1ª”) del RD 9/2017 un régimen aparentemente dual, que, en la línea de lo dispuesto en el artículo 22 de la Directiva de Daños, distingue entre normas de carácter procesal y normas de carácter sustantivo.

En los siguientes términos:

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”.

39. Se infiere de ello que, en lo que se refiere a las modificaciones introducidas en la LEC (artículo 4 del RD 9/2017) sólo serán aplicables a los procesos que se incoen con posterioridad a su entrada en vigor, lo que significa que, desde el 27 de mayo de 2017, las medidas de acceso a las fuentes de prueba pueden ser solicitadas por las partes en procedimientos de reclamación por daños en infracciones antitrust.

40. Sin embargo, en lo que atañe a las modificaciones de la LDC 15/2007 (artículo 3 del RD 9/2017), el apartado primero de la D.T.1ª se limita a señalar que sus previsiones se aplicarán con efecto retroactivo, lo que no viene sino a devolvernos al régimen común, porque no es más que una reiteración de lo dispuesto en el artículo 2.3 CC, que establece con carácter general que “*las leyes no tendrán efecto retroactivo, si no dispusieren lo contrario*”.

41. Ello deja abierta la duda acerca del momento temporal preciso en el que se aplicarán las disposiciones sustantivas del RD 9/2017, a efectos de determinar si cabe su aplicación a las acciones de reclamación de daños y perjuicios derivadas de cárteles ya descubiertos y sancionados antes de su entrada en vigor.

## V. Aplicación del RD 9/2017 a las acciones por daños nacidas con posterioridad a su entrada en vigor

42. Desde su aprobación y posterior publicación en el BOE el 27 de mayo de 2017, el RD 9/2017 tiene una vigencia inmediata y produce efectos para todas aquellas situaciones que se encuentren dentro de su ámbito de aplicación, lo que significa que cualquier acción por daños nacida con posterioridad a su entrada en vigor deba regirse de conformidad con la nueva normativa.

43. En primer lugar, por tanto, debemos determinar cuál es el elemento temporal de referencia a partir del cual se considera “nacida” la acción por reclamación de daños y perjuicios derivados de una conducta colusoria, aspecto que debe ponerse en relación con el momento en el que los afectados tuvieron conocimiento de la infracción y se encontraban en las condiciones adecuadas para el ejercicio de la acción<sup>16</sup>.

44. El ejercicio de la acción por daños se configura a la luz del principio de la *actio nata*, de manera que, en el caso de los daños derivados de infracciones anticompetitivas, el nacimiento de la acción

<sup>15</sup> Recuérdese que, conforme al artículo 21 de la Directiva de Daños, el plazo para su transposición expiraba el 27 de diciembre de 2016.

<sup>16</sup> La Directiva de Daños ha positivizado ese principio, para precisar en su art. 10.2 que “*los plazos no empezarán a correr antes de que haya cesado la infracción del Derecho de la competencia y el demandante tenga conocimiento, o haya podido razonablemente tener conocimiento de: a) la conducta y el hecho de que sea constitutiva de una infracción del Derecho de la competencia; b) que la infracción del Derecho de la competencia le ocasionó un perjuicio, y c) la identidad del infractor*”.

se producirá en el momento en que el perjudicado por el ilícito concurrencial supo de su extensión y afectación concreta (el hecho de la infracción, la identidad del causante y el “alcance» de la indemnización<sup>17</sup>), coincidiendo, de esta forma, con el *dies a quo* del plazo de prescripción.

45. Todo ello, con independencia del concreto marco temporal en el que se materializó la conducta infractora de que se trate, es decir, la fecha en la que se desarrollaron los hechos contrarios al Derecho de la competencia, fuera anterior a la entrada en vigor de la norma<sup>18</sup>.

46. Y ello porque, desde la perspectiva del derecho civil, las modificaciones introducidas en la LDC 15/2007 mediante RD 9/2017 no modifican la antijuricidad de la conducta colusoria ni crean una acción por daños que anteriormente no existiera en nuestro ordenamiento, sino que se limita a regular las condiciones mediante las que debe hacerse efectiva la responsabilidad civil derivada de una conducta anticompetitiva, previamente declarada en sede administrativa o judicial.

47. Por tanto, al encontrarnos ante una modificación normativa que regula las consecuencias de la acción por daños nacida de una conducta colusoria (es decir, que proyecta sus efectos hacia el futuro), se aplicarán las disposiciones del RD 9/2017 a las acciones *follow-on* derivadas de una resolución sancionadora dictada con posterioridad a su entrada en vigor o, en el caso de que la resolución hubiese sido dictada con anterioridad a su entrada en vigor, cuando su firmeza se hubiera producido bajo la vigencia de la nueva regulación<sup>19</sup>.

## VI. Determinación del régimen jurídico aplicable a la acción nacida y no prescrita

48. Es frecuente la apelación, tanto en la doctrina como en la jurisprudencia, a dos grandes tipos de situaciones jurídicas individuales potencialmente afectadas por un cambio normativo: los derechos, comúnmente adjetivados como perfectos o adquiridos, y las expectativas, a las que suelen acompañarse de expresiones tales como “meras” o “simples” en un intento, sin duda, de destacar su mayor vulnerabilidad, su escasa resistencia ante la fuerza innovadora de la disposición que se promulga; de ahí la importancia de examinar unos y otras.

49. Se plantea dicha cuestión porqué, en el caso de las acciones por daños, parece evidente que, hasta que no haya transcurrido íntegramente el plazo de prescripción, nos hallaríamos de lleno en el campo de las expectativas, toda vez que no cabe hablar de una situación consolidada para el patrimonio del infractor (inmune, por tanto, a la incidencia de la nueva normativa), hasta que la prescripción se haya consumado.

50. Todo ello, sobre la base de la doctrina de nuestro Tribunal Constitucional recogida, entre otras, en la STC 270/2015, de 17 de diciembre de 2015 (recurso de inconstitucionalidad 5347/2013), que establece la primacía de la norma en vigor frente a los derechos patrimoniales que no se hayan incorporado definitivamente al patrimonio del destinatario:

*“El Real Decreto-ley 9/2013 tiene una vigencia inmediata y produce efectos a partir de su entrada en vigor. Los titulares de las instalaciones de producción de energía eléctrica en régimen primado están sujetos a ese nuevo régimen retributivo desde la fecha de entrada en vigor del Real Decreto-ley 9/2013,*

<sup>17</sup> Nótese que el Tribunal Supremo –STS 2/04/2014 (RJ 2014/2162)–, considera que el comienzo del cómputo del plazo se produce “desde el conocimiento cierto y seguro del alcance total del daño”, extremo de vital importancia en reclamaciones de daños derivadas de ilícitos antitrust.

<sup>18</sup> Vid, en idéntico sentido, la sentencia dictada por el Juzgado de lo Mercantil nº 3 de Valencia de fecha 20 de febrero de 2019 –ECLI:ES:JMV:2019:34– en el marco de una reclamación por daños derivada del cártel de camiones, en cuyo apartado 14 (página 10), se argumenta que: “En efecto, el art. 22 de la Directiva de daños se refiere a las “acciones por daños”, no al concreto marco temporal en el que arraigó la conducta infractora de que se trate, es decir, la fecha en la que se desarrollaron los hechos sancionados”.

<sup>19</sup> Vid apartados 51 a 53 de la sentencia dictada el 28 de marzo de 2019 por el TJUE en el asunto Cogeco.

*sin perjuicio de que la cuantificación precisa de dicha retribución no se produzca hasta la aprobación de la norma reglamentaria correspondiente, y sin que dicha sujeción conlleve una afectación desfavorable a los derechos adquiridos, desde una perspectiva constitucional, esto es, no incide en derechos patrimoniales previamente consolidados e incorporados definitivamente al patrimonio del destinatario, o en situaciones jurídicas ya agotadas o consumadas.”*

[el destacado es nuestro]

**51.** De esta manera, se examinará a continuación en qué medida la entrada en vigor de una nueva normativa que modifica la regulación preexistente puede incidir en aquellas situaciones que no se hayan consumado, lo que provocaría que el infractor pueda ser conminado a soportar su ejercicio en los términos de la nueva regulación.

## 1. La eventual modificación legislativa de situaciones no consolidadas

**52.** Con la entrada en vigor del RD 9/2017, pueden identificarse tres tipos de situaciones en las que la acción por daños puede encontrarse, para determinar el juego de la prescripción y la influencia de la nueva normativa, en función de la D.T.1ª:

- (i) Acciones cuyo plazo de prescripción, computado de acuerdo con la legislación anterior al RD 9/2017, había transcurrido íntegramente cuando se produjo la entrada en vigor de la norma: De acuerdo con el tenor literal de la D.T. 1ª y del artículo 22 de la Directiva de Daños, la reclamación habrá de considerarse prescrita, pues, consumada la prescripción de acuerdo con la normativa en vigor (un año ex artículo 1968 CC o tres años en el caso catalán), la expectativa de ser reclamado en virtud de una acción de daños ya no existe, por lo que nos encontramos ante un derecho adquirido protegido por la irretroactividad<sup>20</sup>.
- (ii) Acciones cuyo plazo de prescripción no había empezado a correr con la antigua normativa, es decir, que el *dies a quo* para ejercitar la acción de daños se inició a partir del 27 de mayo de 2017:  
El plazo de prescripción quedará indiscutiblemente determinado por la nueva norma (5 años), toda vez que la acción por daños derivados de un ilícito antitrust ha nacido con posterioridad a la entrada en vigor del RD 9/2017.
- (iii) Acciones cuyo plazo de prescripción se había iniciado conforme a la legislación anterior, pero no se había agotado cuando se produjo la entrada en vigor de la nueva normativa:  
El supuesto que se encuentra a caballo entre las dos normativas puede llevar a interpretaciones discordantes, sin embargo, al producirse la entrada en vigor de la norma que amplía el plazo cuando la situación jurídica todavía no se ha consolidado, el plazo de prescripción se extenderá hasta los 5 años establecidos en la nueva norma<sup>21</sup>, con detracción del tiempo ya consumido.

**53.** Todo ello, de acuerdo con el tenor literal de la D.T.1ª, que se limita a establecer una prohibición de retroactividad común para la totalidad de normas de carácter sustantivo del RD 9/2017, en lugar de contemplar una disposición específica para la prescripción como hacía, por ejemplo, al artículo 1939 CC.

<sup>20</sup> Tal y como se recoge en las conclusiones emitidas por la abogada general J. KOKOTT, en el asunto Cogeco (párrafo 63, página 13): “*está claro que dichas disposiciones nacionales de aplicación no pueden hacer «renacer» acciones ya prescritas con arreglo a la antigua legislación*”. Cosa distinta, como se ha dicho, es que las acciones no estuvieran prescritas.

<sup>21</sup> En sentido parecido, E. SANJUÁN en “El plazo para la reclamación privada de daños en supuestos “antitrust” Ed. Sepin, Artículo monográfico (Diciembre 2018), SP/DOCT/81156, que establece al respecto: “*Desde esa interpretación el paso de una reclamación posible de un año, con la normativa anterior (y al margen de la naturaleza de la acción como contractual o extracontractual que la haría diferente) a cinco años con la nueva supondría igualmente la aplicación del art. 1.939 CC, por lo que en modo alguno podrían entenderse prescritas las acciones derivadas de supuestos anteriores siempre que estuviesen en plazo para ser reclamadas cuando la norma entró en vigor y deberían adaptarse al nuevo plazo de cinco años (más uno posterior a la firmeza de la resolución administrativa en su caso como veremos) a computar desde esa fecha de entrada en vigor y no desde que pudieron ejercitarse*”.



## 2. El concepto de retroactividad

54. Al contrario de lo que inicialmente pudiera pensarse, el concepto de retroactividad no es unívoco, sino que tiene distintas acepciones que nuestra jurisprudencia constitucional se ha encargado de perfilar, distinguiendo entre:

- (i) Retroactividad auténtica (o de grado máximo) que se produce “*cuando la disposición pretende anular sus efectos a situaciones de hecho producidas con anterioridad a la propia Ley y ya consumadas*”; y
- (ii) Retroactividad impropia (o de grado medio), que tiene lugar “*cuando la Ley incide sobre situaciones jurídicas actuales aún no concluidas*”<sup>22</sup>.

55. De esta forma, debemos cuestionarnos si nos hallamos, en puridad, ante “relaciones consagradas” o “situaciones agotadas”, esto es, si la nueva ley incide en efectos jurídicos ya producidos de situaciones o relaciones anteriores, o si, por el contrario incide únicamente en esos derechos en cuanto a su proyección hacia el futuro o a las consecuencias a posteriori de situaciones creadas con anterioridad, ya que, de encontrarnos ante esta última opción, no nos encontraríamos, propiamente, ante un supuesto de retroactividad, prohibida por el artículo 2.3 CC y la D.T.1ª.

56. Lo anteriormente expuesto tiene una importancia fundamental en lo que se refiere a la prescripción de las acciones de resarcimiento de daños y perjuicios derivadas de infracciones antitrust, porque, una prescripción simplemente comenzada y todavía no concluida, no constituye un derecho adquirido (del destinatario de la acción), sino una expectativa, que, por tanto, no queda afectada por la prohibición de retroactividad<sup>23</sup>.

57. Repárese, en este sentido, que el Tribunal Constitucional tiene declarado en prolongada línea jurisprudencial, que “*lo que se prohíbe en el art. 9.3 es la retroactividad, entendida como incidencia de la nueva Ley en los efectos jurídicos ya producidos de situaciones anteriores, de suerte que la incidencia en los derechos, en cuanto a su proyección hacia el futuro, no pertenece al campo estricto de la irretroactividad*”<sup>24</sup>, además de subrayar que “*no existe retroactividad cuando una norma afecta a situaciones aún no consolidadas*”<sup>25</sup> o cuando regula las consecuencias a posteriori de situaciones creadas con anterioridad<sup>26</sup>.

58. Así pues, de acuerdo con el Tribunal Constitucional, podemos defender que, no se encuadra en el concepto técnico de retroactividad, la afectación por parte de una nueva disposición normativa de efectos no consumados de situaciones jurídicas nacidas con anterioridad a la entrada en vigor de la misma que, a tenor de esta tesis, sólo serían constitutivos de meras expectativas y no quedarían por tanto protegidas por la regla de irretroactividad<sup>27</sup>.

59. En consecuencia, dado que desde la promulgación del RD 9/2017 resulta de aplicación inmediata el nuevo plazo de prescripción de 5 años, éste será aplicable cuando la prescripción no se hubiera consumado.

<sup>22</sup> En este sentido, STC 182/1997 de 28 de octubre de 1997.

<sup>23</sup> Vid J. CASTÁN TOBEÑAS, “Derecho Civil Español, Común y Foral”, tomo I, vol. 1, 10ª edición, Ed. Instituto Editorial Reus, Madrid 1962, p. 648.

<sup>24</sup> STC 42/1986 de 10 de abril. En el mismo sentido, STC 65/1987 de 21 de mayo, STC 227/1988 de 29 de noviembre.

<sup>25</sup> Vid ATC. 224/1995, de 18 de julio.

<sup>26</sup> Vid SSTC. 63/1986, de 21 de mayo, 32/1987, de 12 de marzo y 35/1987, de 18 de marzo.

<sup>27</sup> Con rotunda claridad se pronuncia la STC 129/1987, de 16 de julio de 1987, al establecer que “*la prohibición de la retroactividad sólo es aplicable a los derechos consolidados, asumidos e integrados en el patrimonio del sujeto, y no a los pendientes, futuros y condicionados o a las expectativas*”.

### 3. Una elección consciente del legislador (de la UE y nacional)

60. Ratifica lo anteriormente expuesto, el tenor literal del artículo 22 de la Directiva de Daños, que se refiere a la acción por daños y no a los hechos constitutivos de la infracción.

61. Se trata de una consideración importante, porque, cuando el legislador de la UE lo ha considerado necesario, ha relacionado expresamente la aplicabilidad de la norma con el momento en el que se produjeron a los hechos generadores del daño utilizado en el pasado, tal y como demuestra el artículo 31 del Reglamento (CE) nº 864/2007 del Parlamento Europeo y del Consejo, de 11 de julio de 2007, relativo a la ley aplicable a las obligaciones extracontractuales, que establece al respecto lo siguiente:

*“Artículo 31. Aplicabilidad*

*El presente Reglamento se aplicará a los hechos generadores de daño que se produzcan después de su entrada en vigor”.*

[el destacado es nuestro]

62. Idéntica conclusión se desprende de la literalidad de la D.T.1ª del RD 9/2017, que, ante la posibilidad de optar por una retroactividad de grado máximo, se limita a establecer una prohibición análoga al artículo 2.3 CC, lo que determina, como se ha visto, que su aplicación sea inmediata, cuando no se haya consolidado el plazo de prescripción.

63. En este sentido, es importante destacar que la actual redacción de la D.T.1ª difiere significativamente de la propuesta de ley de transposición de la Directiva de Daños en el ordenamiento jurídico español (“PLTD”) preparada por la sección especial de la Comisión General de la Comisión<sup>28</sup>, hecha pública el 15 de enero de 2016<sup>29</sup>, cuya disposición transitoria única regulaba el régimen transitorio, en los siguientes términos:

1. *“Las previsiones del artículo primero serán aplicables exclusivamente a los procedimientos administrativos incoados con posterioridad a su entrada en vigor”.*

2. *“Las previsiones del artículo segundo serán aplicables exclusivamente a los procedimientos incoados con posterioridad a su entrada en vigor”.*

64. Y es que, si bien la redacción del apartado 2 se ha mantenido idéntico en la actual redacción de la D.T.1ª, es evidente que el apartado 1 ha sufrido una considerable transformación respecto de la PLTD, cuya redacción inicial vinculaba su aplicación a la incoación del procedimiento administrativo (por parte de la autoridad de competencia, se entiende).

65. El indiscutible cambio operado en la D.T.1ª, pone de manifiesto que su actual redacción obedece a una elección consciente del legislador que, en lugar de optar por una solución de derecho transitorio que eliminaba cualquier posibilidad de ampliar el plazo de prescripción con la entrada en vigor de la norma, adopta una posición que, de acuerdo con la interpretación que la jurisprudencia constitucional hace del concepto de retroactividad, no afecta a la proyección a futuro de los derechos no consolidados.

66. Por consiguiente, de acuerdo con la literalidad de la D.T.1ª, la ampliación del plazo de prescripción a 5 años, recogida en el artículo 74.1 LDC, resultará de aplicación a todas aquellas reclamaciones por daños cuyo plazo de prescripción, iniciado de acuerdo con la normativa anteriormente en vigor, todavía no hubiese expirado.

<sup>28</sup> Vid orden del Ministerio de Justicia de 16 de febrero de 2015, por la que se constituye en el seno de la Comisión General de Codificación, una sección especial para la transposición de la Directiva 2014/101/UE, integrada por A. BERCOVITZ RODRÍGUEZ CANO (Catedrático de Derecho Mercantil); R. ALONSO SOTO (Catedrático de Derecho Mercantil); A. CALVO CARAVACA (Catedrático de Derecho Internacional Privado); I. DÍEZ PICAZO (Catedrático de Derecho Procesal), F. GASCÓN INCHAUSTI (Profesor Titular de Derecho Procesal); J. FERNÁNDEZ ÁLVAREZ (Subdirector General de Política Legislativa) y un funcionario del Ministerio de Economía y Competitividad.

<sup>29</sup> El texto de la PLTD puede consultarse en la web del Ministerio de Justicia haciendo click [aquí](#).

## VII. Hacia un sistema efectivo de reclamación por daños derivados de infracciones antitrust

67. Las consideraciones realizadas en los apartados precedentes resultan oportunas, singularmente en el caso español, dado que el marco legal existente hasta el momento, se ha demostrado inefectivo para que las acciones de reclamación por daños pudieran prosperar.

68. Conviene no olvidar, cuando nos adentramos en el ámbito de las reclamaciones de daños derivadas de una infracción contraria al Derecho de la competencia, que los perjudicados por un cártel o abuso de posición de dominio son, habitualmente, clientes o proveedores de una empresa (o empresas) que, precisamente por su posición de privilegio en el mercado, se encuentran en condiciones de llevar a cabo una determinada práctica colusoria.

69. Se trata de un factor a tener en cuenta, porque significa que, dicho cliente o proveedor afectado, probablemente tendrá que volver a contratar en el futuro con la empresa infractora, extremo que por sí solo resulta ya disuasorio a la hora de demandar y acaba por tornarse insalvable, cuando la presencia de obstáculos legales añade incertidumbre a la reclamación.

70. Y lo cierto es que, a día de hoy, las cuentas de resultados de cartelistas, monopolistas y monopsonistas han sido las grandes beneficiadas de la situación<sup>30</sup>, pues basta comparar el número de sanciones impuestas por las autoridades de la competencia europeas, nacionales y autonómicas por infracciones contrarias al Derecho de la competencia los últimos 15 años, con el escaso número de sentencias judiciales por reclamaciones de daños consecutivas a dichas infracciones, para atisbar cuan rentable ha resultado infringir el Derecho de la competencia en nuestro país<sup>31</sup>.

71. Por ello, la adaptación de nuestro derecho nacional al estándar europeo establecido en la Directiva de Daños resulta urgente, toda vez que la actual regulación basada en el artículo 1902 CC –en cuanto al fundamento de responsabilidad– y, especialmente el artículo 1968 CC –en cuanto a la prescripción–, bien puede resultar contraria al principio de efectividad y a los artículos 101 y 102 TFUE.

### 1. La interpretación restrictiva (o el triunfo) de la prescripción

72. No es extraño encontrar en nuestra jurisprudencia reiterados pronunciamientos que insisten en la necesidad de llevar a cabo una interpretación cautelosa y restrictiva de la prescripción, sobre la base de que no es una institución fundada en principios de estricta justicia sino en los de abandono o dejadez en el ejercicio del propio derecho y en el de la seguridad jurídica<sup>32</sup>.

73. Sin embargo, nos hemos acostumbrado tanto a convivir con la prescripción, que, en la actualidad, nos parece absolutamente normal que el ejercicio de derechos perfectamente legítimos y hasta deseables desde el punto de vista del bien común –es el caso de las acciones de reclamación por daños derivadas

<sup>30</sup> En este sentido, A. CALVO CARAVACA/J. CARRASCOSA GONZÁLEZ, “El Derecho Internacional privado de la Unión Europea frente a las acciones por daños anticompetitivos”, en Cuadernos de Derecho Transnacional, Vol. 10, Nº 2, p. 22, afirman que “los estudios de Economía Industrial muestran dos hechos (A. Wolf): Primero: Los miembros de un cártel obtienen, de promedio, unas ganancias entre el 15 y el 20%, aunque puedan llegar hasta un 40% en ocasiones. En este sentido, cabe recordar que el § 88/C de la Ley húngara de cárteles de 1 junio 2009 estableció una presunción iuris tantum de un sobreprecio del 10%<sup>43</sup>. Segundo: Los cárteles internacionales suelen conseguir, de promedio, unos beneficios (30-33%) superiores a los que logran los cárteles meramente nacionales (17- 19%)<sup>44</sup>. Con márgenes de beneficios tan elevados, un dilema inquietante se exterioriza a la sociedad: O se lucha contra los actos antitrust tanto con un sistema de sanciones públicas como con otro sistema de sanciones privadas (el resarcimiento de los daños antitrust) o el incumplimiento de la Ley resulta rentable para los cartelistas”.

<sup>31</sup> Según datos aportados por la propia DG COMP (disponible en <http://ec.europa.eu/competition/speeches/text/sp2013B-06Ben.pdf>), entre 2008 y 2012, sólo ha habido reclamaciones de daños en un 25% de las decisiones de la Comisión sancionando un cartel o una conducta abusiva, y, además, la práctica totalidad de estas acciones se han concentrado en Reino Unido, Alemania y Holanda.

<sup>32</sup> Por todas, la reciente STS 384/2019 –ECLI: ES:TS:2019:384– dictada por la sala primera del Tribunal Supremo el 14 de febrero de 2019 (ponente A. SALAS CARCELLER).

de infracciones del Derecho de la competencia, por el efecto disuasorio que generan—, sean desestimadas por el mero hecho de haber transcurrido días, quizás tan solo unas horas, desde que expirara el plazo legal.

74. Todos recordamos como, en la reclamación por daños efectuada por Céntrica Energía, S.L.U., contra Iberdrola Distribución Eléctrica, S.A.U. (caso “Céntrica”), a raíz del abuso de posición de dominio de ésta última, la acción se consideró inicialmente prescrita por parte del Juzgado de lo Mercantil de Bilbao y, posteriormente, por la Audiencia Provincial de Vizcaya, al haber transcurrido un año y 6 días desde que se puso “a disposición” de Céntrica la información que, a la postre, sirvió de base para cuantificar el daño.

75. Pronunciamiento que, pese a ser posteriormente revocado por el Tribunal Supremo en la muy comentada sentencia de 4 de septiembre de 2013<sup>33</sup>, no debe ocultar que, en el supuesto enjuiciado, la interpretación supuestamente “restrictiva” de la prescripción llevada a cabo por nuestro más alto tribunal, no tuvo en consideración que el procedimiento ante la Comisión Nacional de la Competencia no había siquiera concluido cuando la información fue puesta en manos de Céntrica<sup>34</sup>, por lo que, al no haber sido declarada en vía administrativa la infracción del artículo 102 TFUE, el *dies a quo* de la prescripción no debía considerarse iniciado.

76. Pues bien, todo ello debe ser objeto de revisión, de acuerdo con la reciente sentencia del TJUE en el caso Cogeco, toda vez que el inicio del plazo para computar la prescripción no debería fijarse antes de que la resolución sancionadora devino firme, opción perfectamente compatible con nuestro derecho, porque, no es hasta ese momento, que desaparece la incertidumbre procedimental para que los perjudicados puedan plantearse litigar<sup>35</sup>.

77. Y es que, hasta que la decisión no es firme, la plena aptitud para litigar para reclamar puede verse comprometida, porque cabe la posibilidad de que se revoque la declaración de la infracción o se advierta una infracción formal que modifique o incluso anule la resolución, por lo que, el *dies a quo* para ejercitar una acción *follow-on*<sup>36</sup>, solo puede situarse en un momento posterior a la firmeza de la resolución sancionadora, una vez las víctimas de la infracción hayan podido determinar el daño.

78. Cosa distinta es que el reclamante, motu proprio, decidiera —o no pudiera— esperar al transcurso de los 5 o 6 años que dura el procedimiento contencioso-administrativo para interponer la reclamación civil por daños sobre la base de la resolución administrativa no firme, opción perfectamente posible a la luz de la regulación anterior al RD 9/2017, que solo contempla la suspensión por prejudicialidad durante el procedimiento administrativo.

---

<sup>33</sup> La STS 4739/2013 –ECLI: ES:TS:2013:4739–, dictada por la Sala Primera del Tribunal Supremo (ponente I. SANCHO GARGALLO) tuvo ya en cuenta los trabajos preparativos de la Directiva de Daños y, a partir de una interpretación restrictiva de la prescripción, consideró que debía prevalecer el “principio de indemnidad”, esto es, “la necesidad de preservar el derecho del perjudicado a ser íntegramente resarcido en situaciones en que no ha podido hasta entonces conocer en su totalidad el alcance de su daño, por causas en modo alguno imputables a su persona o comportamiento”, frente al criterio de la instancia.

<sup>34</sup> Nótese que la entrega a Céntrica de la información a partir de la cual calcular el daño se produjo el 2 de junio de 2008, mientras que la resolución sanciona se dictó el 2 de abril de 2009.

<sup>35</sup> Máxime, cuando, según tiene declarado el Tribunal Supremo en su STS 191/2015 –ECLI: ES:TS:2015:191– de 9 de enero de 2015 (ponente I. SANCHO GARGALLO) la “previa resolución contencioso-administrativa produce un efecto condicionante o prejudicial para el posterior enjuiciamiento del tribunal civil”, tal y como sucede en el caso del cártel del azúcar.

<sup>36</sup> En este sentido, se pronuncia la Sentencia de la Audiencia Provincial de Huesca –ECLI: ES:APHU:2016:70– de 16 de febrero de 2016 (ponente J.T. GARCÍA CASTILLO), que establece al respecto lo siguiente: “Hemos de decir al respecto que, por una parte, aceptamos el criterio del Juzgado en cuanto a que el reconocimiento del derecho de los actores, vino a suponer el fin de la conducta infractora (la negativa injustificada del acceso a la red de la que hablaremos más adelante), hallándose así los perjudicados en condiciones de evaluar la extensión temporal de sus daños, si bien, por otro lado, no hay que olvidar que el acuerdo que reconocía el derecho de los apelantes todavía no era firme, y de hecho fue recurrido en alzada ante la Subsecretaría del Ministerio de Industria, que pudo haber estimado el recurso negando el derecho de acceso a la red como la demandada había hecho desde un principio.”

## 2. Un plazo “extremadamente breve”, potencialmente contrario al orden público de la UE

79. La conclusión, por tanto, es que, en los procedimientos de reclamación por daños *follow-on*, el demandante “podrá” optar por ejercitar su acción después de la firmeza de la resolución administrativa, sin que el *dies a quo* se considere iniciado, pues la opción de considerar que el plazo de prescripción para reclamar en la vía civil se computa desde la resolución administrativa (o, desde el inicio de la actuación inspectora de la autoridad de competencia, como defienden habitualmente los infractores) y corre en paralelo a la vía contencioso-administrativa, contravendría los artículos 101 y 102 del TFUE y el principio de efectividad.

Tal y como expresa el TJUE en el párrafo 53 de la sentencia del caso Cogeco:

*“En efecto, la conformidad de un plazo de prescripción con las exigencias del principio de efectividad, tiene una especial importancia tanto por lo que respecta a las acciones por daños ejercitadas con independencia de una resolución firme de una autoridad nacional de la competencia como para aquellas que resultan de tal resolución. En cuanto a estas últimas, si el plazo de prescripción, que empieza a correr antes de la finalización de los procedimientos a cuyo término se dicta una resolución firme por la autoridad nacional de la competencia o por una instancia de recurso, es demasiado corto en relación con la duración de esos procedimientos y no puede suspenderse ni interrumpirse durante el transcurso de tales procedimientos, no se descarta que ese plazo de prescripción se agote antes incluso de que finalicen los referidos procedimientos. En ese caso, la persona que hubiera sufrido daños no podría ejercitar acciones basadas en una resolución firme en la que se declare la existencia de una infracción a las normas de competencia de la Unión.”*

[el destacado es nuestro]

80. Aunque la sentencia analiza el derecho portugués, es evidente que las consideraciones del TJUE son aplicables al derecho español, lo que excluye una interpretación de la prescripción que sitúe el *dies a quo* de la prescripción en un momento anterior a la firmeza de la resolución administrativa sancionadora.

81. Pero es que, además, no hay que olvidar que España cuenta con el plazo de prescripción de acciones extracontractuales más breve de toda la Unión Europea, extremo que, por sí solo, hace prácticamente imposible o excesivamente difícil el ejercicio de los derechos de resarcimiento de las víctimas de una infracción del Derecho de la competencia.

82. Y es que, en una materia que exige llevar a cabo un análisis fáctico y económico complejo, el exiguo plazo de prescripción de un año previsto en el Código Civil, resulta insuficiente para poder armar en condiciones una buena demanda y una buena pericial, que permita a los perjudicados por el ilícito concurrencial interponer una demanda con garantías de éxito.

83. Se trata de una cuestión tan obvia que ha sido reconocida incluso por los jueces de lo mercantil españoles en las jornadas dedicadas a los “*problemas procesales derivados de las acciones «follow on» relacionadas con el cártel de camiones*”, celebradas en Oviedo los días 3, 4 y 5 de octubre de 2018 y posteriormente recopiladas por L. BLANCO GARCÍA-LOMAS<sup>37</sup> para el editorial El Derecho:

*“No cabe duda que el establecimiento de plazos extremadamente cortos de prescripción, y aquí el plazo de 1 año se antoja extremadamente corto, por cuanto que, si bien con la publicación de la Decisión de la Comisión Europea cualquier perjudicado pudo conocer los hechos constitutivos de la infracción de las normas de defensa de la competencia, así como las personas contra las que podía dirigir la acción, es muy difícil que haya podido reunir los elementos de hecho y de derecho suficiente como para poder cuantificar y concretar la pretensión resarcitoria. En consecuencia, si sujetáramos el ejercicio de las*

<sup>37</sup> L. BLANCO GARCÍA LOMAS es Magistrado-Juez del Juzgado de lo Mercantil nº 1 de Alicante, el texto íntegro de la ponencia puede consultarse en el siguiente enlace: <https://elderecho.com/problemas-procesales-derivados-de-las-acciones-follow-on-relacionadas-con-el-cartel-de-camiones>

*acciones “follow on” al plazo y cómputo del plazo de prescripción de las acciones de responsabilidad extracontractual, en la práctica, se estaría haciendo prácticamente imposible o excesivamente difícil el ejercicio de tales acciones, por la dificultad de calcular el perjuicio sufrido por la conducta infractora en tan perentorio periodo de tiempo.”*

[el destacado es nuestro]

**84.** Es evidente, por tanto, que, de acuerdo con la interpretación realizada por el TJUE en el caso Cogeco, la prescripción regulada en el Código Civil choca frontalmente con la normativa antitrust regulada en los artículos 101 y 102 TFUE y el principio de efectividad, lo que supone que los tribunales nacionales deban interpretar la prescripción de una forma tal que evite sus efectos potencialmente contrarios al orden público comunitario.

### **3. La obligada adopción de un criterio sobre la prescripción que no haga imposible o excesivamente difícil el ejercicio de acciones por daños y perjuicios**

**85.** El carácter imperativo de la normativa antitrust comunitaria<sup>38</sup> resulta determinante para considerar, conforme al principio de primacía del derecho de la UE (art. 4 bis LOPJ), que la determinación del *dies a quo* para el inicio del cómputo del período prescriptivo no puede situarse, bajo ningún concepto, antes de la firmeza de la resolución administrativa<sup>39</sup>.

**86.** Sin embargo, ello no es por sí mismo suficiente para salvar la extrema brevedad del plazo anual de prescripción recogido en el Código Civil, toda vez que las evidentes dificultades existentes a la hora de concretar y cuantificar la pretensión resarcitoria por parte de las víctimas, determinan que muchas de las víctimas opten por no reclamar, ante la inseguridad jurídica ocasionada por tener que iniciar una reclamación –judicial o extrajudicial– sin saber cual es el daño.

**87.** Consecuencia de lo expuesto es que, a fin de alinear la regulación de la prescripción española con el estándar comunitario exigido por el TJUE, el cómputo del plazo de la acción para reclamar daños y perjuicios derivados de un ilícito antitrust no podrá comenzar a correr, hasta que los perjudicados alcancen un conocimiento subjetivo acerca de la existencia de los hechos constitutivos de su pretensión, entre los cuales se encuentra el alcance de la indemnización debida (o del daño cuantificado).

**88.** Y ello porque resulta evidente que, difícilmente, podrá un sujeto adoptar una decisión informada sobre la conveniencia (o no) de interponer una acción por daños si ignora cuánto ha sido el daño sufrido o carece siquiera de las bases para poder calcular el quantum indemnizatorio (supuesto especialmente relevante cuando la infracción deriva de un cártel, de carácter secreto), lo que obliga a situar el *dies a quo* en una fecha posterior al momento en el que dicha cuantificación haya podido ser realizada<sup>40</sup>.

**89.** En consecuencia, tan solo después de que la víctima conozca el perjuicio causado y, pese a ello, opte conscientemente por no iniciar la reclamación judicial o extrajudicial frente al infractor –dejando, en consecuencia, transcurrir el plazo de prescripción–, podrá entenderse que existe realmente una

<sup>38</sup> Vid sentencia del Tribunal Supremo 3879/2017 (ponente J.L. ORDUÑA MORENO) –ECLI: ES:TS:2017:3879– que afirma “la normativa antitrust comunitaria (arts. 101 y 102 TFUE) y nacional (arts. 1 y 2 LDC) tiene un carácter imperativo, pues través de ella se establecen los límites a la autonomía de la voluntad de los particulares con la finalidad de tutelar el interés público «español o comunitaria» en el mantenimiento de la competencia”.

<sup>39</sup> Como nos recuerda la ya lejana sentencia del Tribunal Supremo de 25 de enero de 1962 (RJ 1962/562): “Si la prescripción comenzara a correr antes de que la acción pudiera ejercitarse, se daría el contrasentido de que se castigaba al titular de un derecho por una inactividad que le imponía la ley o la propia convención; por eso la jurisprudencia de otros países ha establecido la doctrina de que no se podrá reprochar al titular de un derecho, al no haberlo actuado en una época, en la cual no podría ponerlo en ejercicio, pues, además, podría suceder que tal derecho ya quedara prescrito antes de haber podido ser ejercitado, lo cual es tan injusto como absurdo.”

<sup>40</sup> Entre otras muchas, cabe citar la STS 13/02/2003 (RJ 2003/1013), en el sentido de que el plazo no comienza a correr sino desde que es “conocido cuantitativamente el total del resultado dañoso” o la STS 2/04/2014 (RJ 2014/262), en cuanto afirma que comienza el cómputo del plazo “desde el conocimiento cierto y seguro del alcance total del daño”.

“dejación de la acción” compatible con una interpretación de la prescripción acorde con el principio de efectividad y los artículos 101 y 102 TFUE.

### VIII. Reclamando a ciegas: el caso *Trucks*

90. *Trending topic* de las reclamaciones por daños derivadas de infracciones antitrust a nivel europeo, el caso *Trucks* ilustra perfectamente los problemas generados por una litigación masiva asociada a un tema novedoso y complejo, llevada a cabo en muchas ocasiones de forma apresurada ante el potencial riesgo de prescripción de la acción (y a los costes asociados a su interrupción).

91. Todo ello, agravado por la inseguridad jurídica generada por la duda sobre la normativa que debe ser aplicada al fondo del asunto, a la vista del momento temporal en el que fue dictada la resolución sancionadora por parte de la CE y del contenido que se conoce de la misma<sup>41</sup> (ya adelantamos que, a fecha de cierre de este artículo, la decisión definitiva todavía se encuentra pendiente de ser publicada), que se solapa con la entrada en vigor del RD 9/2017.

92. De acuerdo con las consideraciones efectuadas hasta el momento, a continuación abordaremos un breve análisis del caso *Trucks*, a efectos de trazar unas pautas sobre el juego de la prescripción de las acciones por daños de los afectados por dicho cártel.

#### 1. Un cártel de gran tonelaje

93. Las primeras informaciones acerca de la existencia de un cártel de fabricantes de camiones se dieron a conocer el 19 de julio de 2016, cuando la CE hizo pública una nota de prensa en la que informaba de la imposición de una multa histórica de 2.930 millones de euros a los fabricantes de los camiones MAN, Volvo/Renault, Mercedes, Iveco y DAF<sup>42</sup> por haber constituido un cártel entre los años 1997 y 2011, mediante el cual pactaron precios y retrasaron voluntariamente el cumplimiento de la normativa en materia de emisiones de la UE, en camiones de más de 6 toneladas.

94. La sanción, resultado de las investigaciones iniciadas por la CE en el año 2011 y del programa de clemencia (“*leniency*”) al que se acogieron MAN, Volvo/Renault, Mercedes e Iveco, para beneficiarse de una reducción de la multa, se materializó en el mes de julio de 2016 a raíz del acuerdo alcanzado por dichas entidades junto con DAF, con la CE, lo que hizo que la sanción no fuera objeto de recurso y, por tanto, devino firme.

95. Scania, igualmente investigada por la CE por formar parte del cártel<sup>43</sup>, optó por no reconocer el ilícito y quedó al margen del acuerdo con la CE, con lo que el procedimiento sancionador se bifurcó y, en lo que a ella respecta, el cauce ordinario derivó en la imposición de una sanción de 880 millones de euros, anunciada mediante nota de prensa de 27 de septiembre de 2017, que todavía no es firme al haber sido objeto de recurso ante el TJUE.

#### 2. Determinación del *dies a quo*

96. La primera cuestión a determinar se centra en fijar cuál es la fecha de inicio de cómputo del plazo prescriptivo, toda vez que, solo cuando se encuentren determinados los elementos necesarios para

<sup>41</sup> La cronología completa del expediente 39824 puede consultarse en la web de la CE o haciendo click [aquí](#).

<sup>42</sup> Las sanciones fueron interpuestas a las siguientes empresas: del grupo MAN (MAN SE, MAN Truck & Bus AG, MAN Truck & Bus Deutschland GmbH), Daimler (Daimler AG), Iveco (Fiat Chrysler Automobiles N.V., CNH Industrial N.V., Iveco S.p.A., Iveco Magirus AG), Volvo-Renault (AB Volvo, Volvo Lastvagnar AB, Renault Trucks SAS, Volvo Group Trucks Central Europe GmbH), DAF (PACCAR Inc., DAF Trucks Deutschland GmbH, DAF Trucks N.V.).

<sup>43</sup> En concreto, las empresas Scania AB, Scania CV AB y Scania Deutschland GmbH.

que los afectados pueden reclamar el daño causado, se entenderá que ha nacido la acción de resarcimiento por daños y, por consiguiente, empieza a correr el *dies a quo*.

**97.** La respuesta, que ha sido hasta la fecha objeto de todo tipo de interpretaciones más o menos interesadas, no parece difícil de determinar si nos atenemos a la información actualmente disponible sobre el ilícito concurrencial, o, mejor dicho, a la falta de información todavía existente en el expediente, en la que, sorprendentemente, pocos parecen haber reparado.

**98.** El caso es que, durante los años 2016 y 2017, la CE hizo pública diversa información sobre el caso *Trucks* en el portal de competencia, desde la primigenia nota de prensa en inglés ya comentada<sup>44</sup>, el 19 de julio de 2016, hasta la publicación, el 6 de abril de 2017, de una versión provisional de la decisión sancionadora<sup>45</sup>, lo que significa que la versión definitiva se encuentra todavía pendiente de ser publicada.

**99.** Así lo certifica la segunda nota de prensa publicada por la CE el 27 de septiembre de 2017, cuyo muy revelador título “*No public version available*”, informa de un retraso sine die en la publicación de la versión definitiva de la decisión sancionadora, hasta que las empresas sancionadas y la CE alcancen un acuerdo sobre la información confidencial y los secretos empresariales que pueden (o no) aparecer en la misma<sup>46</sup>.

**100.** Por tanto, aun cuando es perfectamente posible que algunos de los perjudicados por el cártel decidieran que la información para reclamar era suficiente con la primera nota de prensa, o, posteriormente, con la publicación de la más extensa decisión provisional en abril de 2017, lo cierto es que, si adoptamos un criterio restrictivo del cómputo del plazo de prescripción, el *dies a quo* no debería considerarse iniciado hasta que se publique la decisión definitiva, toda vez que la misma contendrá (o podría contener, lo mismo da a efectos de aquellos que no son parte en el expediente) información adicional que puede resultar decisiva para que las víctimas puedan cuantificar adecuadamente el daño sufrido.

**101.** Dicha conclusión cobra más fuerza todavía si tenemos en cuenta que el retraso en la publicación de la decisión definitiva es en exclusivo interés de las sancionadas, por lo que, en ningún caso, las víctimas de la infracción deberían pechar con las consecuencias de que la reclamación pueda considerarse prescrita, antes de que toda la información existente sobre la misma haya sido publicada<sup>47</sup>.

**102.** Todo ello, por descontado, al margen de la potencial reclamación a Scania, cuyo plazo de prescripción nunca podrá comenzar antes de que se publique la decisión sancionadora definitiva, esto es, la sentencia del TJUE.

<sup>44</sup> Disponible en la página web de la CE del caso *Trucks* ([aquí](#)).

<sup>45</sup> La información provisional sobre la decisión sancionadora, que puede consultarse en la página web de la CE ([aquí](#)), ya advierte al lector, en negrita y subrayado, de que: “***This is a provisional non-confidential version***”.

<sup>46</sup> La declaración de la CE, que puede ser consultada en la página web oficial del caso *Trucks* ([aquí](#)) es del siguiente tenor literal: “*As DG Competition and the companies involved are in the process of establishing a version of the decision that does not contain any business secrets or other confidential information, no public version of this text is available for the time being. DG Competition is trying to settle this issue as soon as possible with a view to a quick publication. You are therefore invited to check the present section of DG Competition’s website regularly in order to remain aware of any further developments*”.

<sup>47</sup> La muy interesante sentencia del Juzgado de lo Mercantil nº 1 de Bilbao, de 3 de abril de 2019 considera aplicable el nuevo régimen legal al hilo de la STJUE en el caso Cogeco y, en un alarde de sentido común en cuanto a la interpretación de un *dies a quo* que haga efectivas las reclamaciones de daños, afirma: “*Tanto las normas reguladoras de la prescripción, como las circunstancias que deben valorarse para decidir su sanción (el día de inicio del cómputo básicamente, porque el plazo es el que es), reclaman una interpretación y valoración restrictivas, cuando, como en este caso ocurre, no existe un negligente ejercicio tardío del derecho, ni perjuicio alguno para la articulación de la defensa de las codemandadas. Y con más razón cuando el término de prescripción que se reclama aplicable es tan corto: un año (la Comisión empleó casi ese tiempo solo para publicar el resumen de la Decisión).*”



### 3. Un mismo régimen legal aplicable para todos los integrantes del cártel

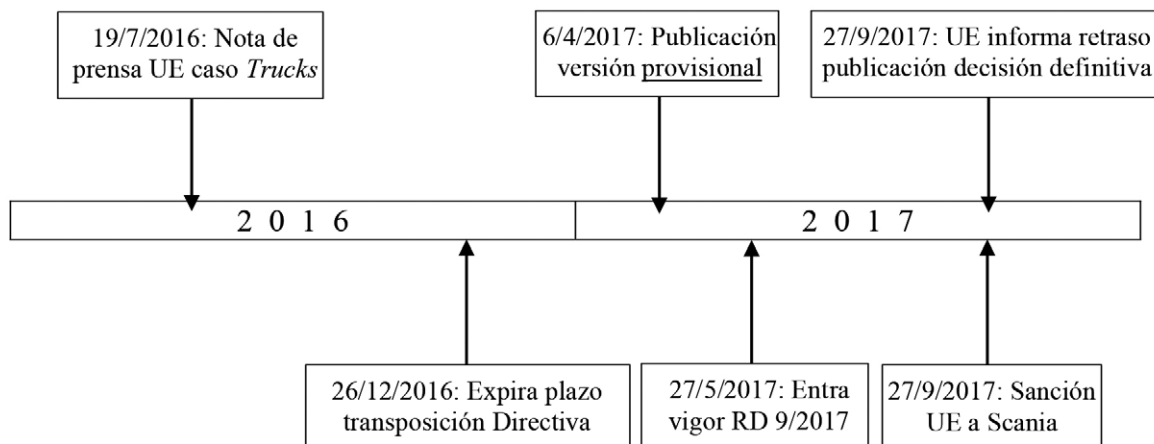
**103.** Sentado lo anterior, queda por determinar el régimen legal aplicable a la reclamación por daños: la normativa del CC o las disposiciones del RD 9/2017.

**104.** Se trata de una decisión que también ha resultado controvertida y sobre la que, en contra de lo que se defiende en el presente artículo, la mayoría de sentencias dictadas hasta la fecha relativas al caso *Trucks*, se ha decantado a favor de la aplicación de la normativa del CC, al considerar que, cuando se publicó la primera nota de prensa por parte de la CE –19 de julio de 2016– o se hizo pública la versión provisional –6 de abril de 2017–, todavía no se había transpuesto la Directiva de Daños al ordenamiento español, pues la publicación del RD 9/2017 no tuvo lugar hasta el 27 de mayo de 2017.

**105.** Sentado lo anterior, el primer motivo de discrepancia con la opinión mayoritaria estriba, precisamente, en la insuficiencia de la información contenida tanto en la nota de prensa como en la versión provisional de la decisión, para considerar que ha nacido la acción.

**106.** No será hasta la publicación de la decisión definitiva del caso *Trucks*, que se producirá en un momento temporal muy posterior a la entrada en vigor del RD 9/2017, que todas las cartas estarán finalmente sobre la mesa y, en consecuencia, se habrá despejado definitivamente cualquier incógnita sobre la información de la que disponen los afectados para evaluar la entidad del perjuicio causado.

**107.** Recordemos que la información sobre el caso *Trucks*, se ha venido haciendo pública por parte de la CE en paralelo a la entrada en vigor a la nueva normativa, por lo que no existe obstáculo alguno para aplicar sus disposiciones a las acciones por daños que se interpongan por las víctimas:



**108.** A todo ello hay que añadir que, aun si asumiéramos la hipótesis más conservadora y considerásemos que la acción de los perjudicados nació el día que la CE publicó la primera nota de prensa (19 de julio de 2016), llegaríamos a la misma conclusión de que resulta aplicable la normativa del RD 9/2017.

**109.** Y ello por la sencilla razón de que, cuando entró en vigor el RD 9/2017, el plazo anual de prescripción no habría transcurrido y, por tanto, los potenciales demandados por una acción de daños y perjuicios tendrían una mera expectativa de que dicha prescripción se consolidase, nunca un derecho adquirido.

**110.** Por tanto, dado que el RD 9/2017 comenzó a desplegar sus efectos desde que entró en vigor el 27 de mayo de 2017, el plazo de prescripción se habría ampliado a 5 años de los cuales habrían transcurrido 10 meses y 8 días, lo que significa que, tanto en las reclamaciones por daños dirigidas a MAN, Volvo/Renault, Mercedes, Iveco y DAF, como aquellas que se dirijan contra Scania, deberán sustanciarse al amparo de la nueva normativa.

## **IX. Conclusión: el esperado fin de una carrera de obstáculos**

**111.** Cada acción de restitución de daños y perjuicios que no se interpone por parte de las víctimas de un cártel o de un abuso de posición dominante, supone, además de un triunfo de los infractores del Derecho de la competencia, un freno que impide conseguir el objetivo de libre mercado establecido como principio fundamental de la UE.

**112.** Como tiene establecido el TJUE, la plena eficacia de los artículos 101 y 102 TFUE y, en particular, el efecto útil de la prohibición establecida en dichos artículos, se vería en entredicho si no existiera la posibilidad de que cualquier persona solicite la reparación del perjuicio que le haya irrogado el comportamiento de las empresas que restringen o falsean el juego de la competencia.

**113.** En ese escenario, el reforzamiento de las acciones de daños y perjuicios que persigue la Directiva de Daños pretende, de una forma similar a lo acontecido años atrás con la Directiva 93/13/CEE del Consejo, sobre las cláusulas abusivas en los contratos celebrados con consumidores, potenciar la aplicación privada del Derecho de la competencia como medida de lucha contra las infracciones anti-trust, con la doble finalidad de resarcir a los afectados y disuadir a los infractores.

**114.** El aumento de la concienciación de los afectados de su derecho a reclamar como consecuencia de las infracciones antitrust, va a provocar que el ordenamiento procesal español tenga que dar solución a dichas reclamaciones, lo que no significa que los reclamantes tengan barra libre para ser indemnizados, sino partir de la asimetría existente entre la posición del perjudicado respecto del infractor, para evitar que determinadas barreras formales hagan excesivamente difícil las acciones por daños.

**115.** Ello significa que, el corto plazo de prescripción anual previsto en el Código Civil para las acciones de carácter extracontractual, cuya duración es tan corta que la propia judicatura admite que hace prácticamente imposible las acciones de resarcimiento, no puede ser un obstáculo para que las acciones por daños puedan prosperar.

**116.** Lógicamente, dicha circunstancia puede hacerse extensiva al caso de que no se permita a los afectados acumular acciones (lo que hace que las reclamaciones sean antieconómicas y, por tanto, no se interpongan) o se exija la aportación de costosas traducciones para emplazar un demandado al que, cuando le interesó, no tuvo problema en usar la lengua española para vender sus productos cartelizados en nuestro país.

**117.** La aplicación de los artículos 101 y 102 del TFUE, además del principio de efectividad, deben servir de guía para remover todos los obstáculos legales existentes para que dichas acciones de indemnización de daños y perjuicios sean efectivas, a efectos de que los perjudicados por una infracción por el Derecho de la competencia puedan ser resarcidos en su totalidad del daño causado.

EL FUERO DEL BAYLÍO, A PROPÓSITO DEL COMENTARIO  
DE LA SENTENCIA DE LA AUDIENCIA PROVINCIAL  
DE BADAJOZ, DE 18 ENERO 2019

THE “FUERO DEL BAYLÍO”, WITH OCCASION  
OF COMMENTARY OF THE JUDGMENT OF THE APPEAL  
COURT OF BADAJOZ, 18<sup>TH</sup> JANUARY 2019

JULIANA RODRÍGUEZ RODRIGO

*Profesora Titular de Derecho Internacional Privado  
Universidad Carlos III de Madrid*

ORCID ID: 0000-0002-5896-983X

Recibido: 16.07.2019 / Aceptado: 05.07.2019

DOI: <https://doi.org/10.20318/cdt.2019.5017>

**Resumen:** La Audiencia Provincial de Badajoz ha vuelto a pronunciarse sobre la aplicación del Fuero del Baylío, en esta ocasión, en relación con una pareja con vecindad civil en Valencia del Ventoso (Badajoz). La sentencia reitera, una vez más, la vigencia y aplicabilidad de esta institución de Derecho consuetudinario foral.

**Palabras clave:** Fuero del Baylío, régimen económico matrimonial, régimen de comunidad universal de bienes, régimen de sociedad de gananciales, derecho consuetudinario, derecho foral, costumbre.

**Abstract:** The Appeal Court of Badajoz has returned to pronounce on the application of the Fuero del Baylío, on this occasion, in relation to a couple with civil vicinity in Valencia del Ventoso (Badajoz). The judgement affirms, once more time, the validity and applicability of this institution.

**Keywords:** Fuero del Baylío, matrimonial property regime, universal community property regime, community property regime, customary law, foral law, custom.

**Sumario:** I. Hechos del caso; II. Artículo 9.2 CC, con su redacción anterior a la reforma de la Ley 11/1990; III. Fuero del Baylío; 1. Origen; 2. Vigencia; 3. Ámbito de aplicación; 4. Régimen económico matrimonial; IV. Conclusiones.

## I. Hechos del caso

1. En la resolución objeto de comentario, la Audiencia Provincial de Badajoz se pronuncia sobre un recurso interpuesto en relación con una sentencia del Juzgado de Primera Instancia e Instrucción nº 2 de Zafra<sup>1</sup>.

El motivo del recurso está relacionado con la liquidación del régimen económico matrimonial de una pareja. En primera instancia, el Juzgado consideró que era de aplicación el Fuero del Baylío, por la vecindad civil de la pareja en Valencia del Ventoso (Badajoz). El esposo, disconforme con este pronunciamiento, interpone recurso de apelación alegando que él no había adquirido la vecindad civil en dicha localidad, por no haber vivido 10 años en ese territorio, y reclama la aplicación del régimen de sociedad

<sup>1</sup> SAP de Badajoz, de 18 enero 2019 (JUR\2019\49352)

de gananciales en virtud del artículo 9.2 CC, en su redacción anterior a la reforma de la Ley 11/1990, por tener vecindad civil en la localidad de Vadillo de la Sierra (Ávila)<sup>2</sup>.

2. En esta sentencia de la AP de Badajoz se plantean, pues, dos cuestiones que deben resolverse, además, de forma sucesiva. Por un lado, en primer lugar, al tratarse de una pareja de diferente nacionalidad, el juez competente debe conocer qué ley se aplica al régimen económico matrimonial de los esposos. En este sentido, al no haber habido pacto al respecto, se debe tener en cuenta el artículo 9.2 CC que regula los efectos del matrimonio en defecto de capitulaciones matrimoniales. En segundo lugar, una vez determinada que la ley aplicable es la de la última residencia habitual común de los cónyuges durante el matrimonio, la ley española, habrá que saber si es aplicable el Fuero del Baylío en este caso.

El presente comentario se centra en la segunda de las cuestiones, en la aplicabilidad del Fuero del Baylío. Por esta razón, a la primera pregunta sólo vamos a dedicar las siguientes líneas que a continuación se exponen.

## II. Artículo 9.2 CC, con su redacción anterior a la reforma de la Ley 11/1990

3. El recurrente plantea que el artículo 9.2 CC aplicable en el momento de la celebración del matrimonio es aquel cuya redacción indicaba que la ley reguladora de las relaciones personales entre los cónyuges era la de la última nacionalidad común durante el matrimonio y, en su defecto, la ley de la nacionalidad del marido en el momento de celebración de las nupcias<sup>3</sup>. Como la pareja no tiene nacionalidad común, el esposo reclama que la ley aplicable a su régimen económico matrimonial sea la de su nacionalidad. El marido tiene nacionalidad española y, según él, al no haber adquirido vecindad civil en Valencia del Ventoso, se debe aplicar al régimen económico de su matrimonio la ley de la vecindad del lugar de su nacimiento, esto es, la ley de Vadillo de la Sierra (Ávila). Por esta razón, el recurrente reclama la aplicación del Derecho civil común y, por ello, el régimen de sociedad de gananciales.

La esposa, por su parte, afirma que la pareja tiene vecindad civil común en Valencia del Ventoso (Badajoz) por lo que reclama la aplicación del Fuero del Baylío.

4. En la sentencia aparecen datos contradictorios. Así, por un lado se dice que el matrimonio se celebró con posterioridad al año 1990 y el artículo 9.2 CC vigente señalaba lo que acaba de reproducirse, que, en nuestro caso, la ley aplicable al régimen económico matrimonial es la de la nacionalidad del marido. Sin embargo, también se dice que el matrimonio es posterior a la Constitución española y anterior a la reforma de la Ley 11/1990, de 15 de octubre, reforma que entró en vigor el 7 de noviembre de 1990<sup>4</sup>. Si consideramos esto último, no puede sostenerse lo primero, esto es, si el matrimonio es anterior al 7 de noviembre de 1990 no puede haberse celebrado después del año 1990.

5. Aún así, entendiendo que el artículo 9.2 CC que debe aplicarse a este matrimonio es el de la versión anterior a 1990, dice la AP de Badajoz que, en defecto de nacionalidad común, no puede tenerse en cuenta la conexión de la nacionalidad del marido por ser inconstitucional en virtud de la STC 39/2002<sup>5</sup>. En esta situación, el Tribunal concluye que, por ello, no puede aplicarse esta conexión subsidiaria del precepto, incluso, con carácter retroactivo. Quedándonos, entonces, con la única conexión constitucional, la primera, la nacionalidad común de los cónyuges, en supuestos como el nuestro en los que los cónyuges no poseen la misma nacionalidad, se podría utilizar la residencia habitual común de

<sup>2</sup> Ley 11/1990, de 15 de octubre, sobre reforma del Código Civil, en aplicación del principio de no discriminación por razón de sexo, BOE núm. 250, de 18 octubre 1990

<sup>3</sup> Redacción dada por el Decreto 1836/1974, de 31 de mayo, por el que se sanciona con fuera de ley el texto articulado del Título Preliminar del Código Civil, BOE núm. 163, de 9 julio 1974.

<sup>4</sup> Con esta Ley, el artículo 9.2 CC pasa a tener el contenido que mantiene en la actualidad, cual es que “*Los efectos del matrimonio se regirán por la ley personal común de los cónyuges al tiempo de contraerlo; en defecto de esta ley, por la ley personal o de la residencia habitual de cualquiera de ellos, elegida por ambos en documento auténtico otorgado antes de la celebración del matrimonio; a falta de esta elección, por la ley de la residencia habitual común inmediatamente posterior a la celebración, y, a falta de dicha residencia, por la del lugar de celebración del matrimonio*”

<sup>5</sup> STC 39/2002, 4 febrero (RTC 2002/39). *Vid.*, A. DURÁN AYAGO, “Jurisprudencia Constitucional y Derecho Internacional Privado”, *Anuario de la Facultad de Derecho de Extremadura*, vol. XXI, 2003, pp. 519-539.

ellos –si existiera, como existe en nuestro supuesto– debido a la supletoriedad de la residencia habitual respecto de la nacionalidad que utiliza el Título Preliminar del Código Civil.

6. En este punto, la Audiencia Provincial debe resolver la segunda cuestión planteada al principio, esto es, cuál es la residencia habitual común de los cónyuges, si es que existe en este caso. Se plantea esta pregunta porque, si bien los esposos tienen residencia habitual común en España, el marido insiste en que tiene vecindad civil de Derecho común y la esposa afirma que no es así, que tiene vecindad civil en Valencia del Ventoso, igual que ella. Se trata de determinar, en este caso, si sería de aplicación el Fuero del Baylío, como costumbre foral en Valencia del Ventoso, o el régimen de sociedad de gananciales del Derecho civil común. La esposa insiste en que ambos esposos vivieron durante todo el matrimonio en Valencia del Ventoso (Badajoz) y, por esta razón, exige la aplicación del Fuero del Baylío a su régimen económico matrimonial. El esposo, por su parte, alega que nunca adquirió la vecindad civil de esta localidad de Badajoz, porque no residió 10 años en este territorio, y reclama que se tenga en cuenta la vecindad civil de su lugar de nacimiento, la vecindad civil de Vadillo de la Sierra (Ávila).

7. El Tribunal concluye que la pareja sí tuvo su última vecindad civil durante el matrimonio en Valencia del Ventoso (Badajoz), porque considera que el esposo sí residió más de 10 años en esa localidad. Y confirma, con ello, la sentencia del Juzgado de Primera Instancia e Instrucción en el sentido de la aplicabilidad del Fuero del Baylío, y la comunidad universal de bienes, en este caso.

8. Pasamos a continuación a explicar el régimen del Fuero del Baylío.

### III. Fuero del Baylío

9. El Fuero del Baylío es Derecho foral en una parte del territorio de Badajoz<sup>6</sup>. Su vigencia está fuera de dudas, tanto por parte de la doctrina, como por parte del Tribunal Supremo y de la Dirección General de los Registros y del Notariado<sup>7</sup>.

---

<sup>6</sup> Bibliografía sumaria: A. ACEDO PENCO, “El Fuero del Baylío como expresión del Derecho civil tradicional vigente en Extremadura: aproximación y propuesta legislativa”, *Anuario de la Facultad de Derecho de Extremadura*, vol. XXV, 2007, pp. 107-125; M.T. ALCOLADO CHICO, “La base normativa de los conflictos internos de leyes en la España actual”, *Rev. secr. Trib. perm. revis.* Año 4, n° 7, Mayo 2016, pp. 226-246; J.M. CASTÁN TOBEÑAS, *Derecho Civil español común y foral*, t. 5, vol. 1, 12ª ed., 1994, pp. 975-982; G. CERDEIRA BRAVO DE MANSILLA, “El Fuero del Baylío: supervivencia y contenido en parte de Extremadura”, *Revista Crítica de Derecho inmobiliario*, n° 679, septiembre-octubre 2003, pp. 2655-2698; L. DIEZ-PICAZO/A. GULLÓN, *Sistema de Derecho civil*, vol. I, 11ª ed., 2005, pp. 71-96; J. FERNÁNDEZ DÍAZ, “Fuero del Baylío”, *Revista de Extremadura*, 1906, pp. 260-264; F. LA MONEDA DÍAZ, “La solidaridad en el Fuero del Baylío frente a los regímenes económico-matrimoniales de los Derechos Forales”, *Memoria Digital Vasca*, p. 419- 426. (<https://www.euskalmemoriadigitala.eus/bitstream/10357/34187/1/160579.pdf>); J. MARCOS ARÉVALO/S. RODRÍGUEZ BECERRA/E. LUQUE BAENA (eds.), *Nos-otros: miradas antropológicas sobre la diversidad*, vol. II, *Derecho consuetudinario, el Fuero del Baylío y su práctica*, Asamblea de Extremadura (Congreso Internacional: La mirada antropológica entre lo local y lo multicultural, Mérida, 30 y 31 de marzo de 2007); S. MINGUIJÓN, “Fuero del Baylío”, en C.E. MASCAREÑAS (dir.), *Nueva Enciclopedia Jurídica*, Tomo X, Seix, Barcelona, 1985, pp. 301-303; M. PERALTA CARRASCO, “El Fuero del Baylío. Origen del territorio aforado en la Comunidad Autónoma de Extremadura”, en J. MARCOS ARÉVALO/S. RODRÍGUEZ BECERRA/E. LUQUE BAENA (eds.), *Nos-otros: miradas antropológicas sobre la diversidad*, vol. II, *Derecho consuetudinario, el Fuero del Baylío y su práctica*, Asamblea de Extremadura (Congreso Internacional: La mirada antropológica entre lo local y lo multicultural, Mérida, 30 y 31 de marzo de 2007), pp. 691-697; ID., “La liquidación en la comunidad universal de bienes del Fuero del Baylío”, *Anuario de la Facultad de Derecho de la Universidad de Extremadura*, vol. XXIX, 2011, pp. 267-284; ID., “El llamado Fuero del Baylío. Historia y vigencia del fuero extremeño”, *Brocar*, 24, 2000, pp. 7-18; A. ROMÁN GARCÍA, “El régimen económico matrimonial en el Fuero del Baylío (aproximación al estudio de la normativa del Fuero del Baylío)”, *Anuario de la Facultad de Derecho de la Universidad de Extremadura*, n° 8, 1990, pp. 440-457; A. SILVA SÁNCHEZ, “El régimen económico en el matrimonio romano y su relación con el régimen contemplado en el fuero del Baylío”, *Pensamiento jurídico*, n° 42, 2015, pp. 189-211; A. SILVA SÁNCHEZ, “Ensayo sobre el régimen económico matrimonial en el Fuero del Baylío”, *Revista de Derecho (Valdivia)*, vol. XVIII, n° 1, julio 2005, pp. 9-24; ID., “El régimen económico en el matrimonio romano y su relación con el régimen contemplado en el Fuero del Baylío”, *Pensamiento Jurídico*, n° 42, 2005, pp. 189-211.

<sup>7</sup> Para conocer el origen de esta institución, *vid.*, por todos, M. PERALTA CARRASCO, “La liquidación en la comunidad universal de bienes en el Fuero del Baylío”, *Anuario de la Facultad de Derecho*, vol. XXIX, 2011, pp. 267-274.

Ejemplos de STS, en este sentido, podemos mencionar STS 8 febrero 1892, Diccionario Alcubilla, año 1892, pp. 44-45. Ejemplos de RDGRN, en este sentido, podemos mencionar las siguientes: RDGRN 19 agosto 1914 (Diccionario Alcubilla, año

10. El Fuero del Baylío es costumbre, de carácter local e inmemorial; no se encuentra recogido en ningún texto legal<sup>8</sup>. Por lo anterior, han surgido a lo largo de la historia diferentes voces que propugnan que la actual Asamblea de Extremadura regule esta institución, para que deje de ser costumbre y no tenga que probarse su vigencia y contenido, tal como indica el artículo 1.3 CC, cada vez que se aplique<sup>9</sup>. Actualmente, como costumbre foral que es, cualquier ciudadano con vecindad civil en Extremadura, debería probar el Fuero del Baylío, su vigencia y contenido en la localidad en concreto donde tiene su domicilio, si quiere que se le aplique a su régimen económico matrimonial<sup>10</sup>. La vigencia es fácilmente demostrable a través de las sentencias del TS y las resoluciones de la DGRN, sin embargo, el contenido es lo realmente difícil de probar<sup>11</sup>.

11. El Estatuto de Autonomía de Extremadura reconoce su validez y efectos en el artículo 9.4<sup>12</sup>. Según este precepto, corresponde al Gobierno de Extremadura la competencia exclusiva en “*conservación, defensa y protección del Fuero de Baylío e instituciones de derecho consuetudinario*”. El artículo 50.2.b), por su parte, indica que es competencia del Tribunal Superior de Justicia de Extremadura, “*De los recursos de casación y revisión relacionados con el Fuero del Baylío*”.

## 1. Origen

12. El Fuero del Baylío es de origen germano y data del siglo XIII<sup>13</sup>. Fue la Orden del Temple la que lo instauró en los territorios del sur de Badajoz, en la frontera con Portugal, que conquistaron a los

---

1914, pp. 259-260), RDGRN 11 agosto 1939 (RJ Aranzadi, año 1939, marginal 437) y RDGRN 9 enero 1946 (RJ Aranzadi, año 1946, marginal 249).

<sup>8</sup> M. F. LA MONEDA DÍAZ, “La solidaridad en el Fuero del Baylío frente a los regímenes económico-matrimoniales de los Derechos Forales”, *Memoria Digital Vasca*, p. 420; M. PERALTA CARRASCO, “La liquidación en la comunidad universal de bienes del Fuero del Baylío”, *Anuario de la Facultad de Derecho de la Universidad de Extremadura*, vol. XXIX, 2011, p. 272; A. SILVA SÁNCHEZ, “El régimen económico en el matrimonio romano y su relación con el régimen contemplado en el Fuero del Baylío”, *Pensamiento Jurídico*, n° 42, 2005, p. 198; S. MINGUIÓN, “Fuero del Baylío”, en C.E. MASCAREÑAS (dir.), *Nueva Enciclopedia Jurídica*, Tomo X, Seix, Barcelona, 1985, pp. 301-302; A. ACEDO PENCO, “El Fuero del Baylío como expresión del Derecho civil tradicional vigente en Extremadura: aproximación y propuesta legislativa”, *Anuario de la Facultad de Derecho de Extremadura*, vol. XXV, 2007, p. 116; G. CERDEIRA BRAVO DE MANSILLA, “El Fuero del Baylío: supervivencia y contenido en parte de Extremadura”, *Revista Crítica de Derecho inmobiliario*, n° 679, septiembre-octubre 2003, p. 2657.

A diferencia de otros Fueros en España, que comenzaron siendo municipales pero que, con el tiempo, o se extinguieron por el desuso o se extendieron hasta convertirse en Fueros provinciales, el Fuero del Baylío siempre ha sido local (G. CERDEIRA BRAVO DE MANSILLA, “El Fuero del Baylío: supervivencia y contenido en parte de Extremadura”, *Revista Crítica de Derecho inmobiliario*, n° 679, septiembre-octubre 2003, p. 2656).

<sup>9</sup> A. ACEDO PENCO, “El Fuero del Baylío como expresión del Derecho civil tradicional vigente en Extremadura: aproximación y propuesta legislativa”, *Anuario de la Facultad de Derecho de Extremadura*, vol. XXV, 2007, p. 119; G. CERDEIRA BRAVO DE MANSILLA, “El Fuero del Baylío: supervivencia y contenido en parte de Extremadura”, *Revista Crítica de Derecho inmobiliario*, n° 679, septiembre-octubre 2003, pp. 2657 y 2665.

<sup>10</sup> G. CERDEIRA BRAVO DE MANSILLA, “El Fuero del Baylío: supervivencia y contenido en parte de Extremadura”, *Revista Crítica de Derecho inmobiliario*, n° 679, septiembre-octubre 2003, pp. 2665-2666.

<sup>11</sup> G. CERDEIRA BRAVO DE MANSILLA, “El Fuero del Baylío: supervivencia y contenido en parte de Extremadura”, *Revista Crítica de Derecho inmobiliario*, n° 679, septiembre-octubre 2003, p. 2667.

<sup>12</sup> Ley Orgánica 1/2011, de 28 de enero, de reforma del Estatuto de Autonomía de la Comunidad Autónoma de Extremadura, BOE núm. 25, de 29 enero 2011.

<sup>13</sup> F. LA MONEDA DÍAZ, “La solidaridad en el Fuero del Baylío frente a los regímenes económico-matrimoniales de los Derechos Forales”, *Memoria Digital Vasca*, p. 419; M. PERALTA CARRASCO, “El llamado Fuero del Baylío. Historia y vigencia del fuero extremeño”, *Brocar*, 24, 2000, p. 8; S. MINGUIÓN, “Fuero del Baylío”, en C.E. MASCAREÑAS (dir.), *Nueva Enciclopedia Jurídica*, Tomo X, Seix, Barcelona, 1985, p. 301; A. ROMÁN GARCÍA, “El régimen económico matrimonial en el Fuero del Baylío (aproximación al estudio de la normativa del Fuero del Baylío)”, *Anuario de la Facultad de Derecho de la Universidad de Extremadura*, n° 8, 1990, pp. 445 y 448.

El origen germano-cristiano tiene su fundamento en el hecho de que la comunidad universal de bienes es germana, frente a los sistemas romano y musulmán. La Orden del Temple, fundada en 1118 por el Gran Maestre de la Orden Cisterciense, San Bernardo, heredó la caridad como principio inspirador de esta última y, por ello, en los territorios conquistados por el Temple se imponía este régimen económico matrimonial de *hermandad* (A. ACEDO PENCO, “El Fuero del Baylío como expresión del Derecho civil tradicional vigente en Extremadura: aproximación y propuesta legislativa”, *Anuario de la Facultad de Derecho de Extremadura*, vol. XXV, 2007, p. 115; G. CERDEIRA BRAVO DE MANSILLA, “El Fuero del Baylío: supervivencia y contenido en parte de Extremadura”, *Revista Crítica de Derecho inmobiliario*, n° 679, septiembre-octubre 2003, p. 2660).

musulmanes al servicio del rey de Portugal<sup>14</sup>. Territorios como Elvas, Évora, Jurumenha, Thomar, Serpa, Olivenza, Alconchel, Cheles, Jerez de Badajoz -que después fue Jerez de los Caballeros-, Burguillos del Cerro y Valencia del Ventoso<sup>15</sup>.

**13.** Sin embargo, el origen se encuentra en Alburquerque. En esta localidad, que nunca fue plaza de la Orden de los Templarios, fue D. Alfonso Téllez de Meneses, yerno de Sancho II, rey de Portugal, quien concedió a los matrimonios que se rigieran por la norma de carácter consuetudinario de la Carta de 'a Metade -que, después, pasó a ser la Ley de 'a Metade- y, en su virtud, por un régimen de comunidad de bienes<sup>16</sup>. Igual que ocurrió en Alburquerque, en Ceuta también empezó a aplicarse por medio de la Carta de 'a Metade<sup>17</sup>. Y en La Codosera. En estas tres localidades nunca rigió el Fuero del Baylío, sino esta Carta de Mitad portuguesa. Ocurrió lo mismo en Olivenza<sup>18</sup>. En realidad, el Fuero del Baylío y la Carta de Mitad son instrumentos "*hermanos que proceden de un padre común*"<sup>19</sup>.

El Fuero del Baylío aparece referenciado en la Novísima Recopilación de Carlos IV<sup>20</sup>. En ella se incorpora una Pragmática de Carlos III, de 20 de diciembre de 1778, contestando a una consulta de la villa de Alburquerque acerca de la vigencia del Fuero del Baylío en esa localidad<sup>21</sup>. Según esa

<sup>14</sup> F. LA MONEDA DÍAZ, "La solidaridad en el Fuero del Baylío frente a los regímenes económico-matrimoniales de los Derechos Forales", *Memoria Digital Vasca*, p. 419.

Otros autores consideran que el origen de esta costumbre se encuentra en el Derecho portugués, en la Carta de 'a Metade. Según ellos, lo que une a todas las localidades en las que está en vigor el Fuero del Baylío es el territorio portugués (A. SILVA SÁNCHEZ, "El régimen económico en el matrimonio romano y su relación con el régimen contemplado en el Fuero del Baylío", *Pensamiento Jurídico*, nº 42, 2005, pp. 197-198; Id., "Ensayo sobre el régimen económico matrimonial en el Fuero del Baylío", *Revista de Derecho (Valdivia)*, vol. XVIII, nº 1, julio 2005, p. 11).

<sup>15</sup> M. PERALTA CARRASCO, "El Fuero del Baylío. Origen del territorio aforado en la Comunidad Autónoma de Extremadura, en J. MARCOS ARÉVALO/S. RODRÍGUEZ BECERRA/E. LUQUE BAENA (eds.), *Nos-otros: miradas antropológicas sobre la diversidad, vol. II, Derecho consuetudinario, el Fuero del Baylío y su práctica*, Asamblea de Extremadura (Congreso Internacional: La mirada antropológica entre lo local y lo multicultural, Mérida, 30 y 31 de marzo de 2007), pp. 691-693.

<sup>16</sup> M. PERALTA CARRASCO, "El llamado Fuero del Baylío. Historia y vigencia del fuero extremeño", *Brocar*, 24, 2000, p. 9; Id., "El Fuero del Baylío. Origen del territorio aforado en la Comunidad Autónoma de Extremadura, en J. MARCOS ARÉVALO/S. RODRÍGUEZ BECERRA/E. LUQUE BAENA (eds.), *Nos-otros: miradas antropológicas sobre la diversidad, vol. II, Derecho consuetudinario, el Fuero del Baylío y su práctica*, Asamblea de Extremadura (Congreso Internacional: La mirada antropológica entre lo local y lo multicultural, Mérida, 30 y 31 de marzo de 2007), pp. 691-693; F. LA MONEDA DÍAZ, "La solidaridad en el Fuero del Baylío frente a los regímenes económico-matrimoniales de los Derechos Forales", *Memoria Digital Vasca*, p. 419; A. ROMÁN GARCÍA, "El régimen económico matrimonial en el Fuero del Baylío (aproximación al estudio de la normativa del Fuero del Baylío)", *Anuario de la Facultad de Derecho de la Universidad de Extremadura*, nº 8, 1990, p. 446.

Otros autores afirman que también puede sostenerse que el Fuero del Baylío es más antiguo que la Ley de 'a Metade portuguesa (S. MINGUIÓN, "Fuero del Baylío", en C.E. MASCAREÑAS (dir.), *Nueva Enciclopedia Jurídica*, Tomo X, Seix, Barcelona, 1985, p. 302).

<sup>17</sup> F. LA MONEDA DÍAZ, "La solidaridad en el Fuero del Baylío frente a los regímenes económico-matrimoniales de los Derechos Forales", *Memoria Digital Vasca*, p. 419; S. MINGUIÓN, "Fuero del Baylío", en C.E. MASCAREÑAS (dir.), *Nueva Enciclopedia Jurídica*, Tomo X, Seix, Barcelona, 1985, p. 302; A. ROMÁN GARCÍA, "El régimen económico matrimonial en el Fuero del Baylío (aproximación al estudio de la normativa del Fuero del Baylío)", *Anuario de la Facultad de Derecho de la Universidad de Extremadura*, nº 8, 1990, p. 447.

Parece que en el momento de la promulgación del Código Civil, el Fuero del Baylío ya no estaba en uso en Ceuta (J. CASTÁN TOBEÑAS, *Derecho civil español, común y foral*, T. 5, Vol. 1, 12ª ed., Reus, Madrid, 1992, p. 978).

<sup>18</sup> G. CERDEIRA BRAVO DE MANSILLA, "El Fuero del Baylío: supervivencia y contenido en parte de Extremadura", *Revista Crítica de Derecho inmobiliario*, nº 679, septiembre-octubre 2003, p. 2659; A. ROMÁN GARCÍA, "El régimen económico matrimonial en el Fuero del Baylío (aproximación al estudio de la normativa del Fuero del Baylío)", *Anuario de la Facultad de Derecho de la Universidad de Extremadura*, nº 8, 1990, p. 447.

<sup>19</sup> A. ACEDO PENCO, "El Fuero del Baylío como expresión del Derecho civil tradicional vigente en Extremadura: aproximación y propuesta legislativa", *Anuario de la Facultad de Derecho de Extremadura*, vol. XXV, 2007, p. 114. *Id.*, también, en este sentido, G. CERDEIRA BRAVO DE MANSILLA, "El Fuero del Baylío: supervivencia y contenido en parte de Extremadura", *Revista Crítica de Derecho inmobiliario*, nº 679, septiembre-octubre 2003, p. 2659; A. ROMÁN GARCÍA, "El régimen económico matrimonial en el Fuero del Baylío (aproximación al estudio de la normativa del Fuero del Baylío)", *Anuario de la Facultad de Derecho de la Universidad de Extremadura*, nº 8, 1990, p. 447.

<sup>20</sup> [https://www.boe.es/publicaciones/biblioteca\\_juridica/abrir\\_pdf.php?id=PUB-LH-1993-63\\_5](https://www.boe.es/publicaciones/biblioteca_juridica/abrir_pdf.php?id=PUB-LH-1993-63_5).

<sup>21</sup> Pese a la Pragmática de Carlos III, no será hasta el año 1801 cuando el Fuero del Baylío empezó a tener vigencia, justo cuando Olivenza pasó a ser territorio español gracias al Tratado de Badajoz (M. PERALTA CARRASCO, "La liquidación en la comunidad universal de bienes del Fuero del Baylío", *Anuario de la Facultad de Derecho de la Universidad de Extremadura*, vol. XXIX, 2011, p. 269; Id., "El llamado Fuero del Baylío. Historia y vigencia del fuero extremeño", *Brocar*, 24, 2000, p. 9). No

resolución, se impone la vigencia y la legalidad del Fuero del Baylío en Alburquerque y en los demás territorios en los que se estaba observando en ese momento<sup>22</sup>. Así, en el Libro X, Tomo IV, la Ley XII dice lo siguiente:

LEY XII.

D. Carlos III. por resol. á cons. de 1 de Sept., y céd. del Consejo de 20 de Dic. de 1778.

*Observancia del fuero del Baylío, en quanto á sujetar á partición, como gananciales, los bienes llevados o adquiridos en el matrimonio.*

Apruebo la observancia del fuero denominado del Baylío, concedido á la villa de Alburquerque por Alfonso Téllez, su fundador, yerno de Sancho II, Rey de Portugal, conforme al qual todos los bienes que los casados llevan al matrimonio, o adquieren por qualquiera razón, se comunican y sujetan á partición como gananciales: y mando, que todos los Tribunales de estos mis reynos se arreglen á él para la decisión de los pleytos que sobre particiones ocurran en la citada villa de Alburquerque, ciudad de Xerez de los Caballeros, y demás pueblos donde se ha observado hasta ahora; entendiéndose sin perjuicio de providenciar en adelante otra cosa, si la necesidad o transcurso de tiempo acreditase ser más conveniente que lo que hoy se observa en razón del citado fuero, si lo representasen los pueblos<sup>23</sup>.

15. El 17 de octubre de 1984, el Grupo Parlamentario Popular presentó una Proposición de Ley -que no llegó a ser Ley- para regular el Fuero del Baylío<sup>24</sup>. Según este texto, su artículo 1, las localidades en las que rige este Derecho consuetudinario son:

- a) En las localidades, y sus términos municipales, de la actual provincia de Badajoz, siguientes: Alburquerque; Alconchel; Atalaya; Burguillos del Cerro; Cheles; Fuentes de León; Higuera de Vargas; La Codosera; Jerez de los Caballeros y sus agregados, Brovales, La Bazana y Valuengo; Oliva de la Frontera; Olivenza y sus agregados, San Benito, San Francisco de Olivenza, San Jorge, San Rafael, Santo Domingo y Villarreal; Tálaga; Valencia del Mombuey; Valencia del Ventoso; Valverde de Burguillos; Valle de Matamoros; Valle de Santa Ana; Villanueva del Fresno y Zahínos<sup>25</sup>.
- b) En la Ciudad de Ceuta.

En la Exposición de Motivos, el Grupo Popular alude a la mencionada Novísima Recopilación, así como, a la STS de 8 de febrero de 1892 y a las Resoluciones de la DGRN de 19 de agosto de 1914 y de 11 agosto de 1939, como textos en los que se reconoce y aplica el Fuero del Baylío.

---

obstante lo anterior, ya el Tribunal Supremo, en sentencia de 30 julio 1869, reconoció que el Fuero del Baylío era costumbre y que la Cédula de Carlos III era meramente aprobatoria de lo que ya venía rigiendo (A. ACEDO PENCO, "El Fuero del Baylío como expresión del Derecho civil tradicional vigente en Extremadura: aproximación y propuesta legislativa", *Anuario de la Facultad de Derecho de Extremadura*, vol. XXV, 2007, p. 114; G. CERDEIRA BRAVO DE MANSILLA, "El Fuero del Baylío: supervivencia y contenido en parte de Extremadura", *Revista Crítica de Derecho inmobiliario*, n° 679, septiembre-octubre 2003, p. 2678; J. FERNÁNDEZ DÍAZ, "Fuero del Baylío", *Revista de Extremadura*, 1906, pp. 261-262). Por esta razón, este Fuero nunca fue ley, siempre fue, y sigue siendo, derecho consuetudinario (G. CERDEIRA BRAVO DE MANSILLA, "El Fuero del Baylío: supervivencia y contenido en parte de Extremadura", *Revista Crítica de Derecho inmobiliario*, n° 679, septiembre-octubre 2003, p. 2658).

<sup>22</sup> M F. LA MONEDA DÍAZ, "La solidaridad en el Fuero del Baylío frente a los regímenes económico-matrimoniales de los Derechos Forales", *Memoria Digital Vasca*, p. 419; M. PERALTA CARRASCO, "La liquidación en la comunidad universal de bienes del Fuero del Baylío", *Anuario de la Facultad de Derecho de la Universidad de Extremadura*, vol. XXIX, 2011, p. 269.

<sup>23</sup> Tal como dijo el alcalde de Alburquerque en unas Jornadas celebradas en 1998, recogiendo la sabiduría popular, ¿Qué es el Fuero del Baylío? Que lo mío es tuyo y lo tuyo mío (G. CERDEIRA BRAVO DE MANSILLA, "El Fuero del Baylío: supervivencia y contenido en parte de Extremadura", *Revista Crítica de Derecho inmobiliario*, n° 679, septiembre-octubre 2003, p. 2656; A. ACEDO PENCO, "El Fuero del Baylío como expresión del Derecho civil tradicional vigente en Extremadura: aproximación y propuesta legislativa", *Anuario de la Facultad de Derecho de Extremadura*, vol. XXV, 2007, p. 113).

<sup>24</sup> Boletín Oficial de las Cortes Generales, núm. 90, Serie B, de 17 de octubre de 1984 ([http://www.congreso.es/public\\_oficiales/L2/CONG/BOCG/B/B\\_090-I.PDF](http://www.congreso.es/public_oficiales/L2/CONG/BOCG/B/B_090-I.PDF)).

<sup>25</sup> Estas 19 localidades son las mencionadas por la mayoría de los estudiosos de esta institución en sus obras, entre otros, A. ACEDO PENCO, "El Fuero del Baylío como expresión del Derecho civil tradicional vigente en Extremadura: aproximación y propuesta legislativa", *Anuario de la Facultad de Derecho de Extremadura*, vol. XXV, 2007, p. 117.



## 2. Vigencia

16. No existe ninguna duda acerca de la vigencia actual del Fuero del Baylío<sup>26</sup>. Prueba de ello son las sentencias del Tribunal Supremo y las resoluciones de la Dirección General de los Registros y del Notariado, ya mencionadas, así como, las decisiones de tribunales inferiores que mencionaremos en epígrafes posteriores -SAP de Cáceres, de 2 noviembre de 1989, por ejemplo-<sup>27</sup>.

17. Sin embargo, es necesario explicar por qué se trata la vigencia de esta institución si no hay dudas sobre ella. Pues bien, porque según el artículo 1976 CC, “*Quedan derogados todos los cuerpos legales, usos y costumbres que constituyen el derecho civil común en todas las materias que son objeto de este Código, y quedarán sin fuerza y vigor, así en su concepto de leyes directamente obligatorias como en el de derecho supletorio. Esta disposición no es aplicable a las leyes que en este Código se declaran subsistentes*”<sup>28</sup>. El Fuero del Baylío es una de esas costumbres a las que alude el precepto<sup>29</sup>.

No obstante lo anterior, algunos autores mencionan el artículo 13.2 CC para justificar la vigencia del Derecho foral y la aplicación del Código Civil como Derecho supletorio, en los territorios en los que exista un Derecho especial o foral en materia de régimen económico matrimonial<sup>30</sup>. También, el artículo 149.1.8 de la Constitución española que declara que el Estado tiene competencia exclusiva en materia de legislación civil, sin perjuicio de la conservación, modificación y desarrollo por parte de las Comunidades Autónomas de su derecho foral o especial<sup>31</sup>.

<sup>26</sup> Vid., entre otros, A. SILVA SÁNCHEZ, “El régimen económico en el matrimonio romano y su relación con el régimen contemplado en el Fuero del Baylío”, *Pensamiento Jurídico*, nº 42, 2005, p. 12; A. ACEDO PENCO, “El Fuero del Baylío como expresión del Derecho civil tradicional vigente en Extremadura: aproximación y propuesta legislativa”, *Anuario de la Facultad de Derecho de Extremadura*, vol. XXV, 2007, p. 117.

<sup>27</sup> STS 8 febrero 1892 (Diccionario Alcubilla, año 1892, pp. 44-45), RDGRN 19 agosto 1914 (Diccionario Alcubilla, año 1914, pp. 259-260), RDGRN 11 agosto 1939 (RJ Aranzadi, año 1939, marginal 437) y RDGRN 9 enero 1946 (RJ Aranzadi, año 1946, marginal 249). Si bien, la STS se refiere a un matrimonio contraído con anterioridad a la vigencia del Código Civil, en 1878 (S. MINGUIJÓN, “Fuero del Baylío”, en C.E. MASCAREÑAS (dir.), *Nueva Enciclopedia Jurídica*, Tomo X, Seix, Barcelona, 1985, p. 303).

<sup>28</sup> S. MINGUIJÓN, “Fuero del Baylío”, en C.E. MASCAREÑAS (dir.), *Nueva Enciclopedia Jurídica*, Tomo X, Seix, Barcelona, 1985, p. 303; M. PERALTA CARRASCO, “El llamado Fuero del Baylío. Historia y vigencia del fuero extremeño”, *Brocar*, 24, 2000, p. 12.

<sup>29</sup> Para otros autores, en cambio, el Fuero del Baylío no se encuentra entre las costumbres a las que se refiere el artículo mencionado (J. FERNÁNDEZ DÍAZ, “Fuero del Baylío”, *Revista de Extremadura*, 1906, p. 262; A. ROMÁN GARCÍA, “El régimen económico matrimonial en el Fuero del Baylío (aproximación al estudio de la normativa del Fuero del Baylío)”, *Anuario de la Facultad de Derecho de la Universidad de Extremadura*, nº 8, 1990, p. 455-456). Así, ya vigente el CC de 1889, el TS, en la sentencia de 8 de febrero de 1892, afirmó que la “*observancia mandada guardar por la Ley 12, tit. IV, libro X de la Novísima Recopilación del Fuero del Baylío en Albuquerque, ciudad de Jerez de los Caballeros y demás pueblos en que era costumbre*”, aludiendo a la vigencia de este Fuero, pese al mencionado artículo 1976, en virtud del cual se deroga el Derecho Común que, en ese momento era el de Castilla, incluida la Novísima Recopilación (G. CERDEIRA BRAVO DE MANSILLA, “El Fuero del Baylío: supervivencia y contenido en parte de Extremadura”, *Revista Crítica de Derecho inmobiliario*, nº 679, septiembre-octubre 2003, p. 2658 y p. 2664).

<sup>30</sup> L. DIEZ-PICAZO/A. GULLÓN, *Sistema de Derecho civil*, vol. I, 11ª ed., 2005, p. 83; M. PERALTA CARRASCO, “La liquidación en la comunidad universal de bienes del Fuero del Baylío”, *Anuario de la Facultad de Derecho de la Universidad de Extremadura*, vol. XXIX, 2011, p. 270; M. PERALTA CARRASCO, “El llamado Fuero del Baylío. Historia y vigencia del fuero extremeño”, *Brocar*, 24, 2000, p. 12 y 14; A. ACEDO PENCO, “El Fuero del Baylío como expresión del Derecho civil tradicional vigente en Extremadura: aproximación y propuesta legislativa”, *Anuario de la Facultad de Derecho de Extremadura*, vol. XXV, 2007, p. 118; G. CERDEIRA BRAVO DE MANSILLA, “El Fuero del Baylío: supervivencia y contenido en parte de Extremadura”, *Revista Crítica de Derecho inmobiliario*, nº 679, septiembre-octubre 2003, p. 2672; A. ROMÁN GARCÍA, “El régimen económico matrimonial en el Fuero del Baylío (aproximación al estudio de la normativa del Fuero del Baylío)”, *Anuario de la Facultad de Derecho de la Universidad de Extremadura*, nº 8, 1990, p. 442.

Vid., en relación con su antecesor, el artículo 12, segundo párrafo, del CC, en la versión original del Código Civil de 1889, J. FERNÁNDEZ DÍAZ, “Fuero del Baylío”, *Revista de Extremadura*, 1906, pp. 260-261. Este precepto decía que: “*Las disposiciones de este título, en cuanto determinan los efectos de las Leyes y de los estatutos y las reglas generales para su aplicación, son obligatorias en todas las provincias del Reino. También lo serán las disposiciones del título 4.º, libro 1.º*”.

En lo demás, las provincias y territorios en que subsiste derecho foral, lo conservarán por ahora en toda su integridad, sin que sufra alteración su actual régimen jurídico, escrito o consuetudinario, por la publicación de este Código, que regirá tan sólo como derecho supletorio en defecto del que lo sea en cada una de aquéllas por sus Leyes especiales”.

<sup>31</sup> M. PERALTA CARRASCO, “La liquidación en la comunidad universal de bienes del Fuero del Baylío”, *Anuario de la Facultad de Derecho de la Universidad de Extremadura*, vol. XXIX, 2011, p. 270; M. PERALTA CARRASCO, “El llamado Fuero del Baylío. Historia

18. La AP de Cáceres, por su parte, en sentencia de 2 de noviembre de 1989, afirma que “*los Derechos forales no sólo subsisten, sino que se potencian en la Constitución española, consagrándose así ya una pluralidad legislativa en el ámbito civil susceptible de desarrollo por los propios órganos competentes de cada Comunidad Autónoma, allí donde subsistan los Derechos forales*”. Por otra parte, respecto del Fuero del Baylío, “*este Tribunal no alberga ninguna duda sobre la constitucionalidad de dicho Fuero, por cuanto que en el contenido no afecta al principio de igualdad y el marido y la mujer se hallan en igualdad de condiciones, y en segundo lugar, porque en el propio Código Civil en el artículo 1315 faculta a los cónyuges para pactar al régimen matrimonial que consideren conveniente*”<sup>32</sup>. Precisamente esta sentencia hace referencia a la vigencia del Fuero del Baylío en Valencia del Ventoso, la localidad de la vecindad civil de los esposos en el caso objeto de comentario en este trabajo<sup>33</sup>.

### 3. Ámbito de aplicación

19. Teniendo en cuenta lo dispuesto por el artículo 14 del Código Civil, el Fuero del Baylío se debe aplicar a los sujetos que ostenten vecindad civil en las localidades en las que se encuentra en vigor. Esto es, el criterio no sería el lugar de celebración del matrimonio; tampoco, el lugar de situación de los bienes<sup>34</sup>.

20. Por lo anterior, el régimen económico de la comunidad universal de bienes del Fuero del Baylío se aplicará en tres supuestos<sup>35</sup>:

- a) Cónyuges con vecindad civil foral, con independencia del lugar en el que se haya celebrado el matrimonio.
- b) Cónyuges en los que uno de ellos tenga vecindad civil foral por nacimiento, con independencia de dónde se haya celebrado la unión conyugal<sup>36</sup>
- c) Cónyuges cuando alguno de ellos haya adquirido la vecindad civil por residencia<sup>37</sup>.

---

y vigencia del fuero extremeño”, *Brocar*, 24, 2000, p. 15; A. ACEDO PENCO, “El Fuero del Baylío como expresión del Derecho civil tradicional vigente en Extremadura: aproximación y propuesta legislativa”, *Anuario de la Facultad de Derecho de Extremadura*, vol. XXV, 2007, p. 118; A. ROMÁN GARCÍA, “El régimen económico matrimonial en el Fuero del Baylío (aproximación al estudio de la normativa del Fuero del Baylío)”, *Anuario de la Facultad de Derecho de la Universidad de Extremadura*, nº 8, 1990, pp. 444-445.

<sup>32</sup> <https://cutt.ly/QiB567>

<sup>33</sup> A. ROMÁN GARCÍA, “El régimen económico matrimonial en el Fuero del Baylío (aproximación al estudio de la normativa del Fuero del Baylío)”, *Anuario de la Facultad de Derecho de la Universidad de Extremadura*, nº 8, 1990, p. 456.

<sup>34</sup> MARTÍNEZ PEREDA, “El Fuero del Baylío, residuo vigente del Derecho celtibérico; errores de la doctrina y de la jurisprudencia sobre dicho Fuero”, *Revista Crítica de Derecho Inmobiliario*, nº 5, mayo 1925, p. 354; G. CERDEIRA BRAVO DE MANSILLA, “El Fuero del Baylío: supervivencia y contenido en parte de Extremadura”, *Revista Crítica de Derecho inmobiliario*, nº 679, septiembre-octubre 2003, p. 2685

<sup>35</sup> M. PERALTA CARRASCO, “La liquidación en la comunidad universal de bienes del Fuero del Baylío”, *Anuario de la Facultad de Derecho de la Universidad de Extremadura*, vol. XXIX, 2011, p. 276; M. PERALTA CARRASCO, “El llamado Fuero del Baylío. Historia y vigencia del fuero extremeño”, *Brocar*, 24, 2000, p. 13.

Según el autor citado, los Procuradores en Cortes, encabezados por D. Manuel Madrid del Cacho, propusieron el 24 de noviembre de 1972 el siguiente texto sobre el ámbito de aplicación del Fuero del Baylío: “*En defecto de contrato sobre los bienes con ocasión del matrimonio, en la Comarca regida por el Fuero de Baylío cuando ambos contrayentes o solo el marido fuera aforado en el momento de la celebración del matrimonio se entenderá contraído éste bajo el régimen de la comunicación foral, que consagra el sistema de comunicación universal de bienes*” (M. PERALTA CARRASCO, “El llamado Fuero del Baylío. Historia y vigencia del fuero extremeño”, *Brocar*, 24, 2000, p. 13).

<sup>36</sup> Otros autores consideran que si uno de los cónyuges tiene vecindad civil foral y el otro no, debería aplicarse el régimen que se pueda presumir querido por ambos contrayentes, y este no puede ser el especial del Baylío, sino el de gananciales de Derecho civil común (MARTÍNEZ PEREDA, “El Fuero del Baylío, residuo vigente del Derecho celtibérico; errores de la doctrina y de la jurisprudencia sobre dicho Fuero”, *Revista Crítica de Derecho Inmobiliario*, nº 5, mayo 1925, p. 355). La idea de que el régimen económico matrimonial debe ser consentido por ambos cónyuges es porque, en sus orígenes, a través de la Carta de Mitad portuguesa, el régimen de comunidad universal de bienes se aplicaba si había acuerdo entre los cónyuges al respecto. Sin embargo, en la actualidad, el orden es el inverso, esto es, este régimen consuetudinario se aplicará salvo que haya pacto en contrario de los esposos (G. CERDEIRA BRAVO DE MANSILLA, “El Fuero del Baylío: supervivencia y contenido en parte de Extremadura”, *Revista Crítica de Derecho inmobiliario*, nº 679, septiembre-octubre 2003, p. 2657 y 2661)

<sup>37</sup> Según el artículo 14.4 CC, la vecindad civil foral puede adquirirse por residencia continuada de dos años, si el interesado manifiesta su voluntad al respecto, o por residencia continuada de 10 años cuando el interesado no ha manifestado nada el contra.

21. Otros autores consideran que, en supuestos en los que el matrimonio se celebra en un territorio no sometido al Fuero del Baylío, en los que uno de los cónyuges tiene vecindad civil foral y el otro no, debería utilizarse la conexión del lugar de celebración de la unión conyugal para determinar el régimen económico matrimonial aplicable<sup>38</sup>. Abundando en esta idea, la RDGRN de 10 de noviembre de 1926 proporciona esta solución al caso<sup>39</sup>.

22. Volviendo a la sentencia objeto de comentario, una vez se ha llegado a la conexión última residencia habitual común durante el matrimonio, es claro que se debe aplicar la ley española al régimen económico matrimonial. Ahora bien, el ordenamiento español es un sistema plurilegislativo en el que conviven el Derecho civil común y los Derechos forales, por tanto, cabría preguntarse, una vez situados en la ley española, qué régimen debe ser el aplicable, el común o el foral. La respuesta debe buscarse en el artículo 16 CC, según el cual, en nuestro caso, si los cónyuges tuvieron última residencia habitual común durante el matrimonio en Valencia del Ventoso, el régimen del Fuero del Baylío sería el aplicable. Si, por el contrario, no tuvieron última residencia habitual común en ese momento -tal como alega el recurrente-, según el artículo 16.3 CC, el régimen aplicable sería el de sociedad de gananciales del Código Civil<sup>40</sup>.

De lo anterior se deduce que, la vecindad civil de uno de los cónyuges al tiempo del matrimonio en territorio de aplicación de esta costumbre, debería ser criterio de determinación de la aplicación del Fuero del Baylío cuando el supuesto sea interno. En casos internacionales, en cambio, será el artículo 16 CC el que indique en qué situaciones se deberá tener en cuenta este Derecho consuetudinario.

#### 4. Régimen económico matrimonial

23. Siguiendo el artículo cuatro de la Proposición de Ley mencionada del Partido Popular, el Fuero del Baylío supone que el régimen económico del matrimonio es la comunidad universal de bienes. Se aplica a todos los cónyuges de estos territorios en el momento de la celebración del matrimonio, con independencia del lugar en el que se haya celebrado la unión conyugal. Además, este régimen económico se inicia en el momento mismo de la celebración del matrimonio, no cuando éste se disuelve (art. 9). Según este régimen de la comunidad universal de bienes, los bienes de la pareja, anteriores al matrimonio o adquiridos durante el mismo, pertenecen por mitad a cada uno de ellos desde el momento del casamiento<sup>41</sup>.

<sup>38</sup> A. SILVA SÁNCHEZ, "Ensayo sobre el régimen económico matrimonial en el Fuero del Baylío", *Revista de Derecho (Valdivia)*, vol. XVIII, nº 1, julio 2005, p. 12.

<sup>39</sup> A. SILVA SÁNCHEZ, "Ensayo sobre el régimen económico matrimonial en el Fuero del Baylío", *Revista de Derecho (Valdivia)*, vol. XVIII, nº 1, julio 2005, p. 12; G. CERDEIRA BRAVO DE MANSILLA, "El Fuero del Baylío: supervivencia y contenido en parte de Extremadura", *Revista Crítica de Derecho inmobiliario*, nº 679, septiembre-octubre 2003, p. 2685.

<sup>40</sup> El artículo 16.3 CC determina el Derecho aplicable, común o foral, concretando las conexiones del artículo 9 en el territorio español. Y, en el caso de que no pudiera resolverse qué Derecho aplicar de esta manera, se utilizará la regulación del Código Civil.

<sup>41</sup> M. PERALTA CARRASCO, "La liquidación en la comunidad universal de bienes del Fuero del Baylío", *Anuario de la Facultad de Derecho de la Universidad de Extremadura*, vol. XXIX, 2011, pp. 280-282; A. SILVA SÁNCHEZ, "El régimen económico en el matrimonio romano y su relación con el régimen contemplado en el Fuero del Baylío", *Pensamiento Jurídico*, nº 42, 2005, p. 202; A. SILVA SÁNCHEZ, "Ensayo sobre el régimen económico matrimonial en el Fuero del Baylío", *Revista de Derecho (Valdivia)*, vol. XVIII, nº 1, julio 2005, p. 16; M. PERALTA CARRASCO, "El llamado Fuero del Baylío. Historia y vigencia del fuero extremeño", *Brocar*, 24, 2000, p. 17; A. ACEDO PENCO, "El Fuero del Baylío como expresión del Derecho civil tradicional vigente en Extremadura: aproximación y propuesta legislativa", *Anuario de la Facultad de Derecho de Extremadura*, vol. XXV, 2007, p. 120; G. CERDEIRA BRAVO DE MANSILLA, "El Fuero del Baylío: supervivencia y contenido en parte de Extremadura", *Revista Crítica de Derecho inmobiliario*, nº 679, septiembre-octubre 2003, p. 2669; J. FERNÁNDEZ DÍAZ, "Fuero del Baylío", *Revista de Extremadura*, 1906, pp. 262-263.

La STS de 8 de febrero de 1892, en virtud de la cual los efectos de la sociedad conyugal del Fuero del Baylío se deben tener en cuenta en el momento de la disolución del matrimonio, es criticada por algunos autores por ser "algo tan absurdo, tan monstruoso y tan violento para nuestra conciencia jurídica, que no se nos alcanza cómo pudo ser declarado" (MARTÍNEZ PEREDA, "El Fuero del Baylío, residuo vigente del Derecho celtibérico; errores de la doctrina y de la jurisprudencia sobre dicho Fuero", *Revista Crítica de Derecho Inmobiliario*, nº 5, mayo 1925, p. 358). En este sentido también se pronuncia MINGUIJÓN, por considerar que esta interpretación del TS puede perjudicar a la mujer al permitir que el marido pueda disponer de los bienes sin su consentimiento (S. MINGUIJÓN, "Fuero del Baylío", en C.E. MASCAREÑAS (dir.), *Nueva Enciclopedia Jurídica*, Tomo X, Seix, Barcelona, 1985, p. 302). Respecto de las dos opiniones anteriores, hay que tener en cuenta el momento -años 1925 y 1985, respecti-

Todo lo cual implica que el marido no podrá enajenar ni gravar bienes sin el consentimiento expreso de su mujer<sup>42</sup>.

No obstante lo anterior, el régimen del Fuero del Baylío no es obligatorio, la pareja puede decidir que no se le aplique celebrando capitulaciones matrimoniales y eligiendo otro régimen económico matrimonial para su unión<sup>43</sup>.

24. Sin embargo, el Tribunal Supremo y los órganos jurisdiccionales inferiores, consideran que la comunidad universal de bienes del Fuero del Baylío tiene efectos en el momento de la disolución del matrimonio<sup>44</sup>. En este sentido, el TS, en la tantas veces mencionada sentencia de 8 de febrero de 1892 afirma que “*La observancia mandada guardar por la Ley 12, Título IV, Libro 10 de la Novísima Recopilación del Fuero del Baylío en la villa de Albuquerque, ciudad de Jerez de los Caballeros y demás pueblos en que era costumbre, no consiste, según los términos de la citada ley, en la Comunidad de los Bienes desde el instante del matrimonio, sino en comunicarlos y sujetarlos todos a partición como gananciales, o sea al tiempo de disolverse la sociedad, que es el momento en que con arreglo a la legislación común se determinan este carácter en los que excedan de las peculiares aportaciones de los cónyuges, y por lo tanto que durante el matrimonio pueden los sometidos a este fuero disponer libremente de los bienes de su particular patrimonio*”<sup>45</sup>.

---

vamente- en el que ambos autores manifiestan su oposición a que el Fuero del Baylío tenga efectos en el momento de la disolución del matrimonio. Actualmente, tanto marido como mujer podrían disponer de sus bienes sin el consentimiento del otro cónyuge, pudiendo perjudicar, con ello, al otro miembro de la relación matrimonial, sea éste el hombre o la mujer.

<sup>42</sup> Vid., en este sentido, M. PERALTA CARRASCO, “La liquidación en la comunidad universal de bienes del Fuero del Baylío”, *Anuario de la Facultad de Derecho de la Universidad de Extremadura*, vol. XXIX, 2011, p. 278.

<sup>43</sup> Vid., en este sentido, M. PERALTA CARRASCO, “La liquidación en la comunidad universal de bienes del Fuero del Baylío”, *Anuario de la Facultad de Derecho de la Universidad de Extremadura*, vol. XXIX, 2011, p. 278. Sin embargo, las estadísticas demuestran que en estas localidades pocas son las parejas que eluden la aplicación de este régimen de comunidad universal de bienes (A. ACEDO PENCO, “El Fuero del Baylío como expresión del Derecho civil tradicional vigente en Extremadura: aproximación y propuesta legislativa”, *Anuario de la Facultad de Derecho de Extremadura*, vol. XXV, 2007, p. 121).

<sup>44</sup> Vid., también, entre otros, F. LA MONEDA DÍAZ, “La solidaridad en el Fuero del Baylío frente a los regímenes económico-matrimoniales de los Derechos Forales”, *Memoria Digital Vasca*, p. 421. En este sentido, A. ROMÁN GARCÍA habla de régimen económico matrimonial mixto, ya que, funcionaría como régimen de separación de bienes, durante el matrimonio, y como régimen de gananciales con participación final en las ganancias por mitad, una vez se disuelva el matrimonio (A. ROMÁN GARCÍA, “El régimen económico matrimonial en el Fuero del Baylío (aproximación al estudio de la normativa del Fuero del Baylío)”, *Anuario de la Facultad de Derecho de la Universidad de Extremadura*, n° 8, 1990, pp. 454-455).

En el Derecho portugués y en los pueblos extremeños, antes de la STS de 8 de febrero de 1892, se consideraba que el Fuero del Baylío tenía efectos desde el momento de celebración del matrimonio (MARTÍNEZ PEREDA, “El Fuero del Baylío, residuo vigente del Derecho celtibérico; errores de la doctrina y de la jurisprudencia sobre dicho Fuero”, *Revista Crítica de Derecho Inmobiliario*, n° 5, mayo 1925, p. 355). En la Carta de Mitad portuguesa, efectivamente, los bienes eran comunes de ambos cónyuges desde el momento de celebración del matrimonio y, por ello, a la hora de disponer de ellos, se necesitaba el consentimiento de ambos cónyuges, se imponía la cogestión o gestión de mano común de los dos esposos (G. CERDEIRA BRAVO DE MANSILLA, “El Fuero del Baylío: supervivencia y contenido en parte de Extremadura”, *Revista Crítica de Derecho inmobiliario*, n° 679, septiembre-octubre 2003, p. 2671). Los bienes que formaban parte de la sociedad conyugal, también según el Derecho portugués, eran todos, muebles o inmuebles, adquiridos antes o durante el matrimonio, de forma onerosa o gratuita, independientemente del lugar de adquisición de los mismos y ya formasen parte del activo o del pasivo común -salvo las deudas contraídas por uno de los cónyuges antes del matrimonio- (G. CERDEIRA BRAVO DE MANSILLA, “El Fuero del Baylío: supervivencia y contenido en parte de Extremadura”, *Revista Crítica de Derecho inmobiliario*, n° 679, septiembre-octubre 2003, pp. 2671-2672; vid., también, en este sentido, J. FERNÁNDEZ DÍAZ, “Fuero del Baylío”, *Revista de Extremadura*, 1906, p. 264).

<sup>45</sup> STS de 8 febrero 1892, Diccionario Alcubilla, año 1892, pp. 44-45. Vid., en este sentido, también, las sentencias de la AP de Badajoz de 4 mayo 2000 (AC 2000\1334), de 16 junio 2000 (JUR 2000\193223) y de 3 abril 2002 (AC 2002\782).

En la STS mencionada, la recurrente alegó el Fuero del Baylío para considerar nula la venta de varias fincas que había realizado su marido antes de su muerte. Según la recurrente, el matrimonio estaba sujeto a esta costumbre, ya que ambos eran naturales y vecinos de Alconchel y, por ello, el marido no podía haber enajenado esas propiedades sin su consentimiento por tratarse de bienes de la sociedad conyugal. La esposa alega la Ley 12ª, del Tít. IV, del Libro X de la Novísima Recopilación y su tenor literal – “*todos los bienes que los casados lleven al matrimonio o adquieran por cualquier razón se comunican y sujetan a participación como gananciales*”-. Esta sentencia también confirma la interpretación estricta que debe hacerse de los fueros y costumbres que sean contrarias al derecho común.

25. También, la DGRN, recordando la STS de 8 de febrero de 1892 y las RDGRN de 19 agosto de 1914, de 10 noviembre 1926, de 11 agosto 1939 y de 9 enero 1946, indica que *“El Fuero llamado del Baylío es una costumbre, de cuyos remotos orígenes no hay constancia cierta, por la que se establece un peculiar régimen económico matrimonial, en virtud del cual, para los casados en ese régimen económico supletorio, se hacen comunes, y por tanto objeto de liquidación de la sociedad conyugal, los bienes del matrimonio, los privativos de cada uno de ellos adquiridos antes del matrimonio y los privativos de cada uno de ellos adquiridos durante el matrimonio, y esta comunicación se produce, en el momento de la disolución del matrimonio, por fallecimiento de uno de los cónyuges, pero no tiene lugar con anterioridad. Todos los bienes que los cónyuges aportan al matrimonio, antes o después de su celebración, se convierten en comunes, como si fueran gananciales, y se parten por mitad –dimidio– llegado su fin, esto es, llegado el momento de la disolución de la sociedad conyugal, como consecuencia de separación, divorcio o muerte de uno de los cónyuges. Este Fuero establece un régimen económico matrimonial que constituye una auténtica comunidad de bienes a la extinción del matrimonio. En consecuencia, el Fuero del Baylío, régimen legal supletorio en Olivenza, genera en el momento de la disolución por fallecimiento de uno de los cónyuges una comunidad universal; es decir, si bien en vida de ambos cada uno de los cónyuges puede libremente disponer de sus bienes privativos, fallecido uno cualquiera de ellos se hacen comunes todos los bienes y derechos de contenido patrimonial que pertenecieran a uno y otro, adquiridos por cualquier título, oneroso o lucrativo; así resulta de la Sentencia del Tribunal Supremo de 8 de febrero de 1892.*

*Pero habida cuenta que la fuente del Derecho que regula este Fuero, es la costumbre, el contenido del mismo, ciertamente está lleno de lagunas del Derecho en este punto, tales como si sus efectos jurídicos comienzan al momento de la celebración del matrimonio en el momento de la disolución, si recae sobre bienes muebles o inmuebles o incluso todo tipo de bienes y derechos sean patrimoniales o no”* (Fundamento de Derecho 2). [...] *Previamente, se había acreditado por Sentencias del Tribunal Supremo de fechas 30 de junio de 1869; 8 de febrero de 1892, y 28 de enero de 1896. También por Resoluciones de la Dirección General de los Registros y del Notariado de fechas 19 de agosto de 1914; 10 de noviembre de 1926; 11 de agosto de 1939, y 9 de enero de 1946”* (Fundamento de Derecho 3)<sup>46</sup>.

26. En la RDGRN de 19 de agosto de 1914, por su parte, también se determina que los bienes del matrimonio deben ser comunes en el momento de la disolución del matrimonio, aunque deba hacerse constar tal circunstancia de comunidad de bienes a través de nota marginal en el Registro Hipotecario en relación con los bienes que sean adquiridos por uno de los cónyuges<sup>47</sup>.

El Reglamento Hipotecario de 1870 indicaba, en el artículo 130, que los bienes del matrimonio, sometidos a este régimen foral, debían constar en el Registro como bienes de la comunidad conyugal. Posteriormente, en la Ley del Reglamento Hipotecario de 1915, el artículo 218 indicaba esta circuns-

<sup>46</sup> RDGRN de 6 mayo 2015, RJ 2015\3721.

<sup>47</sup> M. PERALTA CARRASCO, “La liquidación en la comunidad universal de bienes del Fuero del Baylío”, *Anuario de la Facultad de Derecho de la Universidad de Extremadura*, vol. XXIX, 2011, pp. 277-278.

Según esta RDGRN de 19 de agosto de 1914, interpretar que el Fuero del Baylío supone que la sociedad conyugal tiene efectos desde el momento del matrimonio implica que, *“en los pueblos donde rige el citado Fuero, no sería factible en muchos casos hacer efectivas en los bienes de los reos de delitos las responsabilidades pecuniarias que las leyes establecen, como sucedería de admitirse la teoría de que por el matrimonio salían los bienes del patrimonio de sus dueños y pasaban desde luego a ser de la comunidad conyugal”*. Según algunos autores, contrarios a la doctrina del TS respecto de los efectos del Fuero del Baylío en el momento de la disolución del matrimonio, aportan el Derecho portugués, para determinar cómo debería haber resuelto la DGRN el caso planteado. Así, *“Esta responsabilidad [la responsabilidad civil derivada del delito] se afirma sin rodeos, pero añadiendo que no se hará efectiva, si el delito (o la deuda) es de uno sólo de los cónyuges hasta la hora de la disolución del matrimonio. O sea que aplicada esta solución al caso resuelto por la Dirección de Registros, se hubiera decretado (como se hizo) que procedía la inscripción del mandamiento de embargo sobre los bienes comunes, pero no, como ocurrió, para hacer efectiva la responsabilidad, desde luego, sino que la anotación o inscripción sólo hubiera servido para ganar rango, a los efectos del «prior tempore», asegurando la efectividad de las responsabilidades civiles para cuando se hubiera practicado la disolución de la sociedad conyugal, sobre la parte que de los bienes anotados pudiera corresponder el día de la disolución al cónyuge deudor”* (MARTÍNEZ PEREDA, “El Fuero del Baylío, residuo vigente del Derecho celtibérico; errores de la doctrina y de la jurisprudencia sobre dicho Fuero”, *Revista Crítica de Derecho Inmobiliario*, nº 5, mayo 1925, p. 363).

tancia como una posibilidad<sup>48</sup>. La DGRN, en esta resolución de 19 de agosto de 1914, revoca la nota del Registrador por la que se informaba de la comunidad conyugal, para permitir el embargo de una casa de esposo, por responsabilidad civil derivada del delito de lesiones de éste.

El actual artículo 90 del Reglamento Hipotecario establece que *“Los bienes que con arreglo al Derecho foral o especial aplicable correspondan a una comunidad matrimonial, se inscribirán a nombre del cónyuge o de los cónyuges adquirentes, expresándose, cuando proceda, el carácter común y, en su caso, la denominación que aquélla tenga. Si los bienes estuvieren inscritos a favor de uno de los cónyuges y procediera legalmente, de acuerdo con la naturaleza del régimen matrimonial, la incorporación o integración de los mismos a la comunidad podrá hacerse constar esta circunstancia por nota marginal”*<sup>49</sup>. Según algunos autores, este precepto del Reglamento Hipotecario debería llevar a entender que el Fuero del Baylío es una costumbre de constitución de régimen económico matrimonial y no de liquidación del mismo, ya que, si esta institución tuviera efectos una vez se disolviera el matrimonio, no haría falta ninguna nota marginal en relación con los bienes privativos de uno de los cónyuges<sup>50</sup>.

#### IV. Conclusiones

**27.** El comentario a esta sentencia de la Audiencia Provincial de Badajoz ha sido la excusa perfecta para estudiar el régimen económico matrimonial del Fuero del Baylío. Si bien, antes de llegar a determinar su contenido, se debe conocer si es aplicable en el caso en cuestión, supuesto internacional por la nacionalidad extranjera de la esposa.

**28.** Empezando por el principio, cuando el juez español debe determinar la ley aplicable al régimen económico matrimonial, en casos internacionales, debe tener en cuenta el Reglamento 1103/2016, si la unión conyugal se ha celebrado después del 29 de enero de 2019 -o ha habido elección de ley posteriormente a esa fecha- o el artículo 9.2 CC en el resto de los casos suponiendo que los cónyuges no han realizado capitulaciones matrimoniales<sup>51</sup>.

Utilizando la norma de conflicto adecuada, si la ley aplicable es la española, una vez dentro del ordenamiento español, el juez deberá determinar qué Derecho, el común o el foral correspondiente, debe ser el aplicado al caso. Para ello, acudirá al artículo 16 CC. Si, según este precepto, el régimen a tener en cuenta debe ser el foral, éste debería ser el aplicado al caso.

Sin embargo, puede haber ocasiones en las que el Derecho foral indique su ámbito de aplicación al supuesto y que se contradiga con la remisión que realice el artículo 16 CC a este régimen foral. Esto es, volviendo a la costumbre del Fuero del Baylío, según los autores, se debe aplicar cuando al menos uno de los cónyuges tenga vecindad civil foral en el momento de celebración del matrimonio. En este supuesto, podríamos tener dos escenarios.

El primero sería que, en virtud del artículo 16 CC, el régimen aplicable fuera el del Fuero del Baylío, porque el matrimonio se celebró en Valencia del Ventoso, por ejemplo, y que, sin embargo, según el propio Fuero del Baylío, éste no fuera aplicable al caso. Vamos a ilustrar este escenario con un ejemplo. Imaginemos que el matrimonio no tiene nacionalidad común y que no han elegido ley aplicable a su régimen económico matrimonial. Pensemos también que la pareja no tiene residencia habitual común inmediatamente después de la celebración del matrimonio. En esta situación, concretando en el territorio español las conexiones del artículo 9.2 CC, en su versión actual, llegaríamos a la conclusión de que, salvo que el matrimonio se haya celebrado en España, no tendríamos manera de determinar el Derecho aplicable de esta forma. Pues bien, supongamos que el matrimonio se celebró en Valencia del

<sup>48</sup> Real Decreto de 6 de agosto de 1915 <https://drive.google.com/file/d/0B27DzfbcyPNBeThuUEJMTUtsU0/view>

<sup>49</sup> Decreto de 14 de febrero de 1947 por el que se aprueba el Reglamento Hipotecario, BOE núm. 106, de 16 abril 1947.

<sup>50</sup> A. SILVA SÁNCHEZ, “El régimen económico en el matrimonio romano y su relación con el régimen contemplado en le Fuero del Baylío”, *Pensamiento Jurídico*, nº 42, 2005, pp. 203-204.

<sup>51</sup> Reglamento (UE) 2016/1103 del Consejo, de 24 junio 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, DOUE L183, de 8 de julio 2016.

Ventoso. En este caso, el régimen aplicable debería ser el del Fuero del Baylío. Sin embargo, según la doctrina citada en el trabajo, este derecho consuetudinario sólo se aplicará a los matrimonios en los que al menos uno de los cónyuges tenga vecindad civil foral en el momento del matrimonio, con independencia del lugar de su celebración. El supuesto planteado, entonces, podría no estar dentro del ámbito de aplicación del Fuero del Baylío.

En el segundo escenario que podría plantearse, el artículo 16 CC podría indicar que el Derecho aplicable sea el común, mientras que el supuesto objeto del litigio se podría encontrar dentro del ámbito de aplicación del Fuero del Baylío. Por ejemplo, en el caso anterior, imaginemos que el lugar de celebración del matrimonio se encuentra en Madrid y que uno de los cónyuges tiene vecindad civil en Valencia del Ventoso en ese momento de celebración. En este supuesto, según el artículo 16 CC el Derecho aplicable sería el civil común y no el Fuero del Baylío.

Hemos de interpretar que el ámbito de aplicación de este Derecho consuetudinario, al que hacen referencia los autores mencionados en el trabajo, se debe tener en cuenta para supuestos internos. En casos internacionales, lo correcto sería que rigiese el artículo 16 CC a la hora de determinar, en estos supuestos, qué Derecho español, el común o el foral, debe ser el aplicable. Esta conclusión es fácil de sostener por el hecho de que el Fuero del Baylío no se encuentra escrito y, por ello, puede ser objeto de interpretación acorde con este precepto 16 CC. De esta manera, se aplicaría el Fuero del Baylío si, con la redacción actual del artículo 9.2 CC, los cónyuges tienen nacionalidad común española y vecindad civil común foral. En defecto de lo anterior, cuando los esposos hayan pactado que su régimen económico del matrimonio sea el determinado por el Fuero del Baylío. En su defecto, cuando la residencia habitual común inmediatamente después de la celebración del matrimonio se localice en territorio foral. Por último, en defecto de lo anterior, cuando el matrimonio se haya celebrado en alguna localidad de aplicación del Fuero<sup>52</sup>.

**29.** Supongamos, como ocurre en la sentencia comentada, que el Fuero del Baylío pudiera ser aplicable porque el artículo 16 CC conduce al régimen existente en Valencia del Ventoso. Habrá que estudiar, en este punto, si está vigente y cuál es su contenido.

El Fuero del Baylío existe y está vigente, no hay dudas al respecto. Como se ha comentado en el trabajo, la doctrina así lo confirma y el Tribunal Supremo y la Dirección General de los Registros y del Notariado, también.

El Fuero del Baylío implica un régimen de comunidad universal de bienes, de tal manera, que todos los bienes de los cónyuges, adquiridos antes o después del matrimonio, se repartirán entre ambos contrayentes a partes iguales. El momento en el que se debe tener en cuenta este reparto es, según el TS y la DGRN, cuando se disuelve el matrimonio. Por lo tanto, hasta la disolución, que hasta el año 1981 acontecía sólo por muerte de alguno de los cónyuges, cualquiera de los miembros de la pareja podría disponer de sus bienes de manera libre y sin pedir consentimiento al otro<sup>53</sup>. La doctrina mayoritaria, en cambio, se pronuncia en contra de esta interpretación del Fuero del Baylío y considera que ese momento en el que este Derecho consuetudinario debe desplegar efectos es el momento mismo de celebración del matrimonio.

**30.** *“Después de esto podemos afirmar, que el Fuero del Baylío, recoge sin duda, la regulación más generosa dentro del campo económico de los cónyuges, tal vez como reflejo del ser y el sentir extremeño, siempre quijotesco y original. Podrá decirse que otros regímenes forales están mejor regulados y recogidos en modernos instrumentos legales, como son las compilaciones forales, obra de los años cincuenta a setenta; pero lo que no puede negarse es que el de Baylío es el más característico. Podrá ser el más pobre en su recepción o soporte documental y en el conocimiento de su génesis histórica, pero es el más rico instrumento para establecer un régimen radical y extremadamente solidario entre marido y mujer”<sup>54</sup>.*

<sup>52</sup> M.T. ALCOLADO CHICO, “La base normativa de los conflictos internos de leyes en la España actual”, Rev. secr. Trib. perm. revis. Año 4, n° 7, Mayo 2016, pp. 236-237.

<sup>53</sup> 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 julio 1981).

<sup>54</sup> F. LA MONEDA DÍAZ, “La solidaridad en el Fuero del Baylío frente a los regímenes económico-matrimoniales de los Derechos Forales”, *Memoria Digital Vasca*, p. 426.

# ¿QUÉ REQUISITOS DEBEN CUMPLIRSE PARA QUE SE APLIQUE LA LEY DEL FORO A UNA OBLIGACIÓN ALIMENTICIA? EL ASUNTO C-214/17, MÖLK

## WHAT REQUERIMENTS MUST BE MET FOR THE LAW OF THE FORUM TO APPLY A MAINTENANCE OBLIGATION? CASE C-214/17, MÖLK

M<sup>a</sup> ÁNGELES RODRÍGUEZ VÁZQUEZ

*Profesora Titular de Derecho internacional privado  
Universidad de Sevilla*

Recibido: 13.06.2019 / Aceptado: 22.07.2019

DOI: <https://doi.org/10.20318/cdt.2019.5018>

**Resumen:** En la Sentencia de 20 de septiembre de 2018, asunto C-214/17, Alexander Mölk c. Valentine Mölk, el Tribunal de Justicia de la Unión Europea establece que la ley del foro, designada por el artículo 4.3 del Protocolo de La Haya de 2007, no rige una demanda posterior interpuesta, con el fin de reducir la pensión alimenticia, por el deudor contra el acreedor ante los órganos jurisdiccionales del Estado de residencia habitual del deudor. Para que se aplique la *lex fori* es preciso que concurran dos requisitos: la autoridad que conoce del asunto debe ser la del Estado de la residencia habitual del deudor y tiene que ser el acreedor quien entable la acción.

**Palabras clave:** Protocolo de La Haya de 23 de noviembre de 2007, obligaciones alimenticias-Ley aplicable.

**Abstract:** In the Judgment of 20 September 2018, in case C-214/17, Alexander Mölk c. Valentine Mölk, the Court of Justice of the European Union establishes that the law of the forum, designated under Article 4.3 of the Hague Protocol of 2007, is not that law governs a subsequent application for a reduction in the amount of maintenance lodged by the debtor against the creditor with the courts of the State where that debtor is habitually resident. The law of the forum is subject to two conditions: first, the authority seized must be that of the State of the debtor's habitual residence and, second, the proceedings must be instituted by the creditor.

**Keywords:** Hague Protocol of 23 November 2007, maintenance obligations, law applicable.

**Sumario:** I. El Reglamento (CE) n° 4/2009 y la determinación de la ley aplicable a las obligaciones alimenticias por remisión a lo dispuesto en el Protocolo de La Haya de 2007. II. La interpretación por parte del TJUE de los requisitos que deben cumplirse para que se aplique la ley del foro a las obligaciones alimenticias 1. Los hechos del litigio principal y las cuestiones prejudiciales planteadas. 2. La excepción del artículo 4.3 del Protocolo de La Haya y su interpretación estricta.



## I. El Reglamento (CE) n<sup>o</sup> 4/2009 y la determinación de la ley aplicable a las obligaciones alimenticias por remisión a lo dispuesto en el Protocolo de La Haya de 2007.

1. El Capítulo III del Reglamento (CE) n<sup>o</sup> 4/2009 (“*Ley aplicable*”) consta de un solo artículo, el 15, que se limita a establecer que la determinación de la ley aplicable se realizará de acuerdo con el Protocolo de La Haya de 23 de noviembre de 2007, sobre ley aplicable a las obligaciones alimenticias en los Estados miembros que estén vinculados por ese instrumento<sup>1</sup>. La reticencia de algunos Estados miembros a adoptar un Reglamento que incluyese normas de conflicto, motivó que el legislador comunitario abandonase su propuesta inicial, que sí contenía una regulación propia de la ley aplicable, y que mediante la Decisión de 30 de noviembre de 2009 el Consejo aprobase, en nombre de la Comunidad, el Protocolo de La Haya de 2007<sup>2</sup>.

Para justificar esta solución se invocaron los siguientes argumentos: de un lado, que en algunos Reglamentos ya se había hecho referencia a otro instrumento internacional (poniéndose el ejemplo del art. 11 Reglamento 2201/2003 que se refiere al Convenio de La Haya de 1980 sobre los aspectos civiles de la sustracción internacional de menores); en segundo término, que las normas del Protocolo pasarían a formar parte del Derecho comunitario, lo que permitiría al Tribunal de Justicia interpretarlo; y, por último, que así se posibilitaría que el Reino Unido modificase su postura inicial.

La complejidad de la fórmula elegida constituye, no obstante, la gran debilidad del Reglamento puesto que ha obligado a establecer un doble sistema de eficacia extraterritorial de resoluciones: uno, basado en la supresión del exequátur, para las dictadas en aquellos Estados miembros vinculados por el Protocolo y otro, que recoge las soluciones del Reglamento 44/2001, para las decisiones dictadas en aquellos Estados miembro que no lo están (Dinamarca y el Reino Unido)<sup>3</sup>.

2. La finalidad del Protocolo de La Haya de 2007 es armonizar las normas de conflicto en materia de obligaciones alimenticias por lo que la ley aplicable al establecimiento de la relación familiar, en la que se basa dicha obligación, seguirá determinándose conforme a las normas de cada Estado. Y para fijar la ley aplicable se establecen en el Protocolo varios puntos de conexión: la autonomía de la voluntad conflictual (arts. 7 y 8), una regla general (art. 3) y varias reglas especiales (arts. 4 y 5).

3. Con carácter general, y en defecto de elección de la ley aplicable, las obligaciones alimenticias se rigen por la ley del Estado de la residencia habitual del acreedor de alimentos. En el supuesto de conflicto móvil se aplicará la ley del Estado de la nueva residencia habitual desde el momento en que se produce el cambio (art. 3)

La ley de la residencia habitual es la que mejor responde al principio de proximidad, la que presenta la vinculación más estrecha con la situación del acreedor puesto que, tal y como señala el *Informe*

<sup>1</sup> Reglamento (CE) núm. 4/2009 del Consejo, de 18 de diciembre de 2008, relativo a la competencia, la ley aplicable, el reconocimiento y la ejecución de las resoluciones y la cooperación en materia de obligaciones de alimentos (DOUE núm. L 7, de 10 de enero de 2009).

El Reglamento se aplica en los 28 Estados miembros. Mediante la Decisión de la Comisión de 8 de junio de 2009, el Reino Unido se incorporó al Reglamento y en virtud de lo previsto en el artículo 3.2 del 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 las resoluciones en materia civil y mercantil, este país notificó a la Comisión su decisión de aplicar el contenido del Reglamento 4/2009 en la medida que modifica el Reglamento 44/2001.

<sup>2</sup> Decisión del Consejo de 30 de noviembre de 2009 relativa a la adhesión de la Comunidad Europea al Protocolo de La Haya de 23 de noviembre de 2007, sobre la ley aplicable a las obligaciones alimenticias (DOUE núm. L 331, de 16 de diciembre de 2009).

<sup>3</sup> Véase entre otros, S. ÁLVAREZ GONZÁLEZ, “El Reglamento 4/2009/CE sobre obligaciones alimenticias: cuestiones escogidas”, *La Ley*, núm. 7230, 31 de julio de 2009, pp. 1-18; B. ANCEL Y H. MUIR WATT, “Aliments sans frontières. Le règlement (CE) n<sup>o</sup> 4/2009 du 18 décembre 2008 relatif à la compétence, la loi applicable, la reconnaissance et l’exécution des décisions et la coopération en matière d’obligations alimentaires”, *Revue critique de droit international privé*, núm. 3, 2010, pp. 457-484; F. GARAU SOBRINO, “Las fuentes españolas en materia de obligaciones alimenticias. ¿Hacia un Derecho internacional privado extravagante?”, *Cuadernos de Derecho Transnacional*, núm. 2, 2011, pp. 130-144;

F. POCAR, Y I. VIARENGO, “Il Regolamento (CE) n. 4/2009 in materia di obbligazioni alimentari”, *Rivista di diritto internazionale privato e processuale*, núm. 4, 2009, pp. 805-828; M<sup>a</sup>. 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”, *Revista electrónica de estudios internacionales*, núm. 19, 2010, pp. 1-30.

*Explicativo* de A. BONOMI (puntos 37 a 39), la obligación alimenticia se fija teniendo en cuenta el medio social y las condiciones reales del país donde el acreedor vive y ejerce esencialmente sus actividades. Además permite la igualdad de trato de todos los acreedores que tienen su residencia habitual en un mismo país (sin distinción por razón de su nacionalidad) y garantiza la correlación *forum-ius*<sup>4</sup>.

4. Junto a esta regla, el artículo 4 del Protocolo establece unas “normas especiales a favor de determinados acreedores”, en particular en lo relativo a las obligaciones alimenticias de los padres a favor de sus hijos<sup>5</sup>. En concreto, se establecen una serie de conexiones que designan la ley aplicable cuando en virtud de la ley en principio aplicable, el acreedor no pueda reclamar al deudor las prestaciones de alimentos. Por ello, y como afirman A.L. CALVO CARAVACA y J. CARRASCOSA GONZÁLEZ, nos encontramos ante “normas de conflicto materialmente orientadas”, puesto que su objetivo es garantizar a determinados acreedores la posibilidad de obtener alimentos<sup>6</sup>.

Así, el apartado 2 del artículo 4 prevé la aplicación de la ley del foro cuando el acreedor no puede obtener alimentos en virtud de la ley designada con carácter principal con arreglo al artículo 3<sup>7</sup>. Si el acreedor ha acudido a la autoridad competente del Estado de la residencia habitual del deudor se aplicará la ley de este Estado (*lex fori*) y, subsidiariamente, la ley del Estado de la residencia habitual del acreedor si éste no puede obtener alimentos del deudor en virtud de la ley del foro (art. 4.3). Finalmente, cuando el acreedor no puede obtener alimentos en virtud de las leyes a las que se refiere el artículo 3 y los apartados 2 y 3, se aplicará la ley de la nacionalidad común del acreedor y deudor, si existe (art. 4.4).

5. Por su parte el artículo 5 establece, con respecto a las obligaciones alimenticias entre cónyuges, excónyuges o entre personas cuyo matrimonio haya sido anulado, que no se aplicará la regla general del artículo 3 si una de las partes se opone y si existe vinculación más estrecha con la ley de otro Estado (por ejemplo, con la ley del Estado de su última residencia habitual común). En tal caso se aplicará la ley de ese otro Estado.

6. Realizada esta presentación genérica de la regulación del Protocolo de La Haya de 2007, pasamos a analizar la Sentencia 20 de septiembre de 2018, asunto C-214/17, en la que el TJUE interpreta de forma restrictiva la excepción que el artículo 4.3 realiza a la aplicación de la ley de la residencia habitual del acreedor de alimentos. Para que se aplique la ley del foro es preciso que concurren los dos requisitos que expresamente se establecen en la norma. Por esta razón, precisamente, la ley del foro no puede aplicarse a una demanda posterior interpuesta por el deudor ante los órganos jurisdiccionales de su residencia habitual solicitando una reducción de la pensión alimenticia.

## II. La interpretación por parte del TJUE de los requisitos que deben cumplirse para que se aplique la ley del foro a las obligaciones alimenticias

### 1. Los hechos del litigio principal y las cuestiones prejudiciales planteadas

7. El Sr. M<sup>ö</sup>lk, con residencia habitual en Austria, está obligado a pagar una pensión de alimentos de 650 euros al mes a su hija, que tiene su residencia habitual en Italia, en virtud de una resolución del Bezirksgericht Innsbruck (Tribunal de Distrito de Innsbruck, Austria) de 10 de octubre de 2014. Esta resolución se adoptó de conformidad con el Derecho austriaco como consecuencia de una demanda de

<sup>4</sup> A. BONOMI, *Informe Explicativo del Protocolo de La Haya de 23 de noviembre de 2007 relativo a la ley aplicable a las obligaciones alimenticias* (<https://assets.hcch.net/docs/84e93f6d-87ed-4928-8c65-13a3350ab23f.pdf>).

<sup>5</sup> El apartado 1 del artículo 4 señala que se aplica a las obligaciones alimenticias de los padres a favor de sus hijos; de las personas distintas de los padres a favor de personas que no hayan alcanzado la edad de 21 años, con excepción de las obligaciones que derivan de las relaciones a que se refiere el artículo 5; y de los hijos a favor de sus padres.

<sup>6</sup> A.L. CALVO CARAVACA Y J. CARRASCOSA GONZÁLEZ, *Derecho internacional privado*, vol. II, 17<sup>a</sup> ed, Comares, Granada, 2017, pág. 673.

<sup>7</sup> El alcance de esta excepción del artículo 4.2 ha sido interpretado por el Tribunal de Justicia en la Sentencia de 7 de junio de 2018, asunto C-83/17, KP c. LO.

pensión alimenticia interpuesta por la acreedora, la Sra. Mölk, ante dicho órgano jurisdiccional (artículo 4.3 del Protocolo de La Haya).

8. En 2015, el Sr. Mölk solicitó ante el Bezirksgericht Innsbruck (Tribunal de Distrito de Innsbruck) que se redujese el importe de la pensión de alimentos, alegando una disminución de sus ingresos netos. La Sra. Mölk solicitó que se desestimara dicha pretensión. Mediante resolución de 11 de diciembre de 2015 este órgano jurisdiccional desestimó la demanda del Sr. Mölk de conformidad con el Derecho italiano ya que, en virtud de lo dispuesto en el artículo 3.1 del Protocolo de La Haya, en el momento de presentación de la demanda la acreedora tenía su residencia habitual en Italia.

9. El solicitante recurrió la decisión ante el Landesgericht Innsbruck (Tribunal Regional de Innsbruck, Austria) que, mediante resolución de 9 de marzo de 2016, confirmó en apelación la del órgano jurisdiccional de primera instancia. No obstante, el tribunal de apelación estimó que para apreciar la pretensión de reducción de alimentos debía aplicar el Derecho austriaco. En concreto, el órgano jurisdiccional de apelación consideró que, dado que no se había producido ningún cambio en la residencia habitual de las partes, no procedía modificar la legislación aplicada en la resolución de primera instancia de 10 de octubre de 2014, por el mero hecho de que el deudor de alimentos presentase una demanda de reducción de la pensión alimenticia tan solo unos meses después de la adopción de esa resolución, que había adquirido firmeza.

10. El Sr. Mölk interpuso recurso de casación ante el órgano jurisdiccional remitente, solicitando un pronunciamiento sobre el crédito alimenticio de conformidad con la legislación italiana. A su juicio si se hubiese aplicado correctamente dicha legislación, se habría estimado su demanda.

11. El órgano jurisdiccional remitente se plantea cuál es la ley aplicable en un supuesto como el del litigio principal, señalando que existen dos corrientes doctrinales opuestas:

Según la primera vertiente, la ley aplicable, determinada conforme al artículo 3 del Protocolo de La Haya, es la legislación del Estado de la residencia habitual del acreedor, aun cuando no sea la legislación del Estado en el que tiene su sede la autoridad que adoptó la resolución inicial en materia de alimentos. En cambio para otro sector de la doctrina, una demanda dirigida a la modificación de una resolución nacional o de una resolución extranjera reconocida ha de regirse por la legislación que ya se haya aplicado en materia de obligaciones alimenticias.

12. En estas circunstancias, el Oberster Gerichtshof (Tribunal Supremo de lo Civil y Penal, Austria) decidió suspender el procedimiento y plantear al Tribunal de Justicia las siguientes cuestiones prejudiciales:

*“1) ¿Debe interpretarse el artículo 4, apartado 3, en relación con el artículo 3, del [Protocolo de La Haya] en el sentido de que resulta aplicable a la solicitud de un deudor de reducción del importe de una pensión de alimentos fijada con carácter firme, por cambio en su situación de ingresos, el Derecho del Estado en el que el acreedor tiene su residencia habitual, aunque el importe adeudado hasta ese momento hubiese sido establecido a solicitud de este último, de conformidad con el artículo 4, apartado 3, del [Protocolo de La Haya], por un tribunal que ha aplicado el Derecho del Estado en el que tiene su residencia habitual, no modificada, el deudor?”*

*2) En caso de respuesta afirmativa a la primera cuestión prejudicial:*

*¿Debe interpretarse el artículo 4, apartado 3, del [Protocolo de La Haya] en el sentido de que el acreedor "ha acudido" a la autoridad competente del Estado de la residencia habitual del deudor si ha comparecido, con arreglo al artículo 5 del [Reglamento n.º 4/2009], en un procedimiento iniciado por el deudor ante dicha autoridad oponiéndose a la pretensión del deudor?”*

En el presente procedimiento formularon observaciones escritas el Gobierno portugués y la Comisión Europea y el Abogado General, Sr. Maciej Szpunar, presentó sus Conclusiones el 2 de mayo de 2018.

## 2. La excepción del artículo 4.3 del Protocolo de La Haya y su interpretación estricta

13. Con carácter preliminar, y antes de responder a las preguntas formuladas, el Tribunal recuerda, como ya lo hiciera en su Sentencia de 7 de junio de 2018, que es competente para interpretar el Protocolo de La Haya<sup>8</sup>.

14. Mediante la primera cuestión prejudicial se estaba preguntando básicamente al TJUE si la ley del foro, designada en virtud del artículo 4.3 del Protocolo de La Haya, se aplica a una demanda posterior interpuesta por el deudor contra el acreedor, con el fin de reducir la pensión alimenticia, ante los órganos del Estado de la residencia habitual del deudor.

15. El artículo 4.3 del Protocolo es una norma especial a favor de determinados acreedores que invierte los criterios de conexión al aplicarse con carácter prioritario la ley del foro y sólo, subsidiariamente, la ley del Estado de la residencia habitual del acreedor de alimentos. Se considera que la ley del foro es la que presenta una vinculación más estrecha con la situación vital de las partes, sobre todo en lo relativo a las posibilidades de satisfacer las necesidades del acreedor por parte del deudor<sup>9</sup>. Y como señala el *Informe Explicativo* de A. BONOMI (punto 66), la conexión general pierde parte de sus méritos y se evita que la autoridad que conoce de la pretensión de alimentos tenga que aplicar una ley extranjera, operación que puede resultar larga y costosa.

16. Pero para que se aplique la ley del foro la norma exige que se cumplan de forma acumulativa dos requisitos: de un lado, es preciso que la autoridad que conoce del asunto sea la de la residencia habitual del deudor y, por otra parte, tiene que ser el acreedor quien interpone la demanda. La aplicación de la ley del foro se hace depender, en consecuencia, de un determinado comportamiento procesal pues tiene que ser el acreedor de alimentos el que “ha acudido a la autoridad competente del Estado de la residencia habitual del deudor”<sup>10</sup>. Al interponer la demanda ante los órganos de la residencia habitual del deudor-demandado, el acreedor está eligiendo de forma indirecta la aplicación de la ley de ese Estado (*optio legis*)<sup>11</sup>.

Por esta razón, como afirma el Tribunal, cuando el procedimiento incoado a raíz de esa demanda finaliza mediante sentencia firme no se desprende del artículo 4.3 del Protocolo que proceda “extender los efectos de dicha elección a un nuevo procedimiento entablado no por el acreedor, sino por el deudor” (motivos 31 y 32).

17. Cuando es el deudor el que entabla el procedimiento no puede aplicarse la ley del foro porque como regla general, y a salvo de una sumisión tácita, sólo podrá interponer la demanda ante los órganos jurisdiccionales de la residencia habitual del demandado-acreedor. A diferencia de lo que ocurre con el acreedor, no se prevé en el artículo 3 del Reglamento (CE) n<sup>o</sup> 4/2009 el foro de la residencia habitual del deudor de alimentos<sup>12</sup>.

---

<sup>8</sup> Asunto C-83/17, KP c. LO. La competencia del TJUE para interpretar el Protocolo de La Haya se fundamenta en el artículo 267 TFUE, disposición que establece expresamente que el Tribunal de Justicia es competente para pronunciarse, con carácter prejudicial, sobre la interpretación de los actos adoptados por las instituciones de la Unión. Además según una reiterada jurisprudencia, un acuerdo celebrado por el Consejo, con arreglo al artículo 218 TFUE, constituye, en lo relativo a la Unión, un acto adoptado por una de sus instituciones, en el sentido del citado artículo 267 TFUE (Sentencia TJUE de 22 de octubre de 2009, asunto C-301/08, Bogiatzi).

<sup>9</sup> Así lo afirmó expresamente el TJUE en la Sentencia de 7 de junio de 2018 (motivo 44).

<sup>10</sup> Como explica el Abogado General, el artículo 4.3 del Protocolo delimita su ámbito de aplicación por medio de términos que se refieren a un determinado conjunto de circunstancias procesales que, por el contrario, no aparecen en los apartados 2 y 4 del artículo 4 del Protocolo (punto 73).

<sup>11</sup> A. MALATESTA, “La Convenzione e il Protocollo dell’Aja del 2007 in materia di alimenti”, *Rivista di diritto internazionale privato e processuale*, núm. 4, 2009, pág. 842.

<sup>12</sup> Como afirman J.C. FERNÁNDEZ ROZAS Y S. SÁNCHEZ LORENZO, *Derecho internacional privado*, 9ª edición, Civitas/Thomson Reuters, Cizur Menor, 2016, pág. 501, en ese supuesto se impone “una reducción teleológica” de precepto.

Recuérdese que la justificación de la alternatividad de los foros que enumera el artículo 3 del Reglamento se encuentra en la necesidad de proteger los intereses del acreedor de alimentos puesto que, como parte débil de la relación, puede elegir donde litigar.

18. En el caso que analizamos el órgano jurisdiccional austriaco ante el que el Sr. Mölk solicitó la reducción del importe de la pensión alimenticia no era en principio competente y conoció del procedimiento porque la acreedora de alimentos, la Sra Mölk, compareció sin impugnar la competencia (art. 5 del Reglamento (CE) n° 4/2009)<sup>13</sup>. Pero ¿puede entenderse esta sumisión tácita equivalente a la interposición de la demanda y, en consecuencia, justificar la aplicación de la ley del foro *ex art. 4.3*?

19. La respuesta a esta interrogante tiene que ser negativa puesto que una cosa es que la comparecencia del acreedor sin impugnar la competencia pueda dar lugar a la competencia de la autoridad de la residencia del deudor, conforme a lo previsto en el artículo 5 del Reglamento, y otra muy distinta asimilar esa sumisión a la situación contemplada en el artículo 4.3 del Protocolo. Como afirma el Tribunal de Justicia no cabe deducir de esta aceptación de la competencia que el acreedor “haya acudido a la autoridad del Estado de la residencia habitual del deudor” (motivo 51). Esa interpretación implicaría que la ley del foro se aplicaría en todos los procedimientos seguidos ante dicha autoridad y la norma deja claro que la facultad reconocida al acreedor de elegir indirectamente esa ley solo es válida para los procedimientos incoados por iniciativa suya<sup>14</sup>.

20. Sobre la base de estos argumentos declara el Tribunal de Justicia que el artículo 4.3 del Protocolo de la Haya debe interpretarse en el sentido de que “*el acreedor de alimentos “no ha acudido”, a efectos de dicho artículo, a la autoridad competente del Estado de residencia habitual del deudor cuando comparece, a efectos del artículo 5 del Reglamento n° 4/2009, en un procedimiento entablado por el deudor ante dicha autoridad, oponiéndose a la demanda*”.

21. La excepción que establece el artículo 4.3 del Protocolo a la aplicación de la regla general de la ley del Estado de la residencia habitual del acreedor de alimentos solo favorece a determinados acreedores y debe ser interpretada en sentido estricto puesto que como señala el *Informe Explicativo* de A. BONOMI (punto 67) “sería excesivo” mantener la excepción en el supuesto de que la acción se entable a iniciativa del deudor en el Estado de su residencia habitual, por ejemplo en el caso de una demanda de revisión de una decisión sobre alimentos<sup>15</sup>.

22. Si el Protocolo confiere al acreedor de alimentos, como parte débil, la posibilidad de optar por la aplicación de la ley del foro hay que entender, como aclara el Tribunal de Justicia en su razonamiento, que se trata de una elección indirecta de la ley aplicable que no puede compararse con la autonomía de la voluntad conflictual regulada en los artículos 7 y 8 del Protocolo<sup>16</sup>.

23. En virtud de lo previsto en el artículo 7 del Protocolo las partes pueden designar expresamente la ley del foro como ley aplicable a la obligación alimenticia a los efectos de un procedimiento específico. La ley designada será válida únicamente para dicho procedimiento y no para los procedimientos siguientes relativos a la misma obligación alimenticia lo que limita, como señala el TJUE, “el riesgo de efectos negativos de esa elección” (motivo 39). Si posteriormente se presenta una nueva demanda o una demanda de modificación ante la misma autoridad o ante la autoridad en otro Estado, “la elección

<sup>13</sup> Por tanto, si la Sra. Mölk hubiese impugnado la competencia del órgano jurisdiccional austriaco, este se habría declarado incompetente y el deudor debería haber iniciado el procedimiento ante los órganos jurisdiccionales italianos.

<sup>14</sup> Como señala el *Informe Explicativo* de A. BONOMI (punto 114), en el supuesto de comparecencia del acreedor de alimentos sí que podría aplicarse la ley del foro pero no por lo dispuesto en el artículo 4.3 del Protocolo, sino porque las partes pueden elegirla como ley aplicable a los efectos de un procedimiento específico (artículo 7 del Protocolo).

<sup>15</sup> En concreto considera que el *Informe Explicativo* que si es el acreedor el que entabla la acción la competencia de las autoridades del Estado de residencia habitual del deudor tendrá un fundamento muy sólido (*actor sequitur forum rei*), lo que justifica la aplicación de la ley del foro. Si por el contrario, la acción está abierta por el deudor en su Estado de residencia, la competencia de las autoridades de este Estado podrá basarse en un criterio de competencia mucho menos significativo, razón de más para descartar la aplicación de la ley del foro en este caso concreto.

<sup>16</sup> El Abogado General recuerda que el Tribunal de Justicia, en el ámbito del Reglamento Roma I, ya ha analizado las diferencias entre la elección directa y la elección indirecta de la ley aplicable (Sentencia de 28 de julio de 2016, asunto C-191/15, Amazon).

de la ley realizada con anterioridad no surtirá ya efecto alguno y la ley aplicable deberá determinarse según las conexiones objetivas<sup>17</sup>.

**24.** Por su parte, el artículo 8 del Protocolo permite a las partes elegir el ordenamiento aplicable a las obligaciones alimenticias aplicándose la ley designada a todos los procedimientos relativos a dicha obligación. Pero se trata de una autonomía de la voluntad conflictual limitada porque las partes no pueden designar cualquier ley, sino las que se enumeran de forma taxativa en el apartado 1 del artículo 8; la elección de ley aplicable no se aplicará a las obligaciones alimenticias a favor de una persona menor de 18 años o a un adulto que, por razón de una disminución o insuficiencia de sus facultades personales, no se encuentra en condiciones de proteger sus intereses; y el acuerdo de elección se somete a unas estrictas condiciones de forma.

Además, el artículo 8.5 dispone que a menos que en el momento de la elección las partes fueran debidamente informadas y conscientes de las consecuencias de la ley designada, ésta no se aplicará cuando conlleve consecuencias manifiestamente injustas o no razonables para cualquiera de las partes.

**25.** A juicio del Tribunal de Justicia la falta de estas disposiciones de protección en el artículo 4.3 del Protocolo confirma la tesis de que la elección de ley que la norma permite solo es aplicable a un único procedimiento, “el iniciado a instancias del acreedor en las condiciones previstas expresamente por dicho precepto” (motivo 40). Sostener una interpretación divergente que implicase que la ley del foro también se aplica al procedimiento sucesivo entablado por el deudor ante las autoridades competentes de su residencia habitual permitiría eludir, como señala el Abogado General, la prohibición del artículo 8.3 del Protocolo en aquellos procedimientos en los que el acreedor no haya cumplido los 18 años de edad (punto 48). Debe recordarse en este sentido que el artículo 4 del Protocolo hace referencia, entre otros, a las obligaciones de alimentos de los padres a favor de sus hijos por lo que puede tratarse de alimentos correspondientes a personas que no han cumplido esa edad.

**26.** El artículo 4.3 del Protocolo sólo contempla la situación en la que el acreedor de alimentos elige indirectamente la ley del foro en el ámbito de un procedimiento entablado por él mismo ante el órgano jurisdiccional competente del Estado de la residencia habitual del deudor. Una vez que la resolución dictada en dicho procedimiento ha adquirido firmeza, esa *lex fori* no se extiende a un procedimiento posterior (motivo 42).

**27.** Es cierto que esta interpretación puede conducir al siguiente resultado negativo: que dos reclamaciones concurrentes entre sí, el incremento y la reducción de los alimentos, entabladas en un corto periodo de tiempo, en el que no se ha producido ningún cambio de residencia habitual de las partes, se solucionen aplicándose leyes distintas. De hecho, este fue el argumento invocado por el Gobierno portugués para sostener la aplicación de la *lex fori* al procedimiento sucesivo entablado por el deudor ante los órganos de su residencia habitual.

**28.** Pero este argumento no fue compartido ni por el Abogado General ni por el Tribunal de Justicia por los siguientes motivos:

De un lado, porque la determinación de la ley aplicable no se puede hacer depender de la fecha de incoación de un posible segundo procedimiento (que *a priori* es imposible saber), ya que esa interpretación desvirtuaría el objetivo de previsibilidad del Protocolo de La Haya<sup>18</sup>.

Por otra parte, porque el propio Protocolo permite aplicar distintas leyes en procedimientos sucesivos seguidos entre las mismas partes. Por ejemplo, y como ya hemos analizado, en virtud de lo dispuesto en el artículo 7 las partes pueden elegir la ley del foro a los efectos de un procedimiento

<sup>17</sup> Informe Explicativo de A. BONOMI, punto 116.

<sup>18</sup> Nos preguntamos cuál habría sido la postura del Gobierno portugués si la demanda de reducción de alimentos no se hubiera presentado a los pocos meses de haberse fijado la pensión alimenticia, sino pasado mucho más tiempo.

específico y posteriormente cualquiera de ellas puede iniciar un procedimiento sucesivo en el que esa elección ya no produce ningún efecto<sup>19</sup>.

**29.** Por todas las consideraciones realizadas concluye el Tribunal afirmando que: *“el artículo 4, apartado 3, del Protocolo de La Haya debe interpretarse en el sentido de que, en una situación como la controvertida en el litigio principal, en la cual la pensión alimenticia que procede pagar ha sido fijada a instancias del acreedor mediante resolución firme dictada conforme a la ley del foro, designada en virtud del mismo artículo 4, apartado 3, dicha ley no rige una demanda posterior interpuesta, con el fin de reducir la pensión alimenticia, por el deudor contra el acreedor ante los órganos jurisdiccionales del Estado de residencia habitual del deudor”*.

**30.** Se confirma pues en esta Sentencia que el artículo 4.3 del Protocolo es una disposición de carácter excepcional que debe interpretarse en sus justos términos y aplicarse de forma restrictiva. Sólo cuando concurren los requisitos que se establecen está justificado aplicar la ley del foro. De lo contrario, la regla general que establece el Protocolo es la ley de la residencia habitual del acreedor de alimentos.

---

<sup>19</sup> En el mismo sentido la Comisión consideró que la posibilidad de aplicar leyes distintas “se haya insita en el sistema de normas de conflicto del Protocolo de La Haya de 2007”.

# COMENTARIO DEL AAP CÁDIZ N.º 242/2018 DE 13 DE NOVIEMBRE: EJECUCIÓN EN ESPAÑA DE UNA SENTENCIA DICTADA EN GUADALUPE. EMBARGO DE BUQUE

## COMMENTS TO AAP CADIZ N. ° 242/2018 OF 13 NOVEMBER: EXECUTION IN SPAIN OF A JUDGMENT DELIVERED IN GUADALUPE. SEIZURE OF SHIP

YERAY ROMERO MATUTE

*Profesor colaborador Universidad San Jorge*

*Doctorando en Universidad de Murcia*

ORCID ID: 0000-0002-3505-1313

Recibido: 15.06.2019 / Aceptado: 22.07.2019

DOI: <https://doi.org/10.20318/cdt.2019.5019>

**Resumen:** En la presente disertación se pretende, al hilo del Auto N.º 242/2018 de la Audiencia Provincial de Cádiz, analizar el comportamiento y las resoluciones emitidas por el Juzgado de lo Mercantil de la misma ciudad. Así como establecer el orden de prelación de los Tratados y Convenios Internacionales y la propia normativa interna de cada Estado miembro. Todo ello, relacionado con la existencia de un crédito marítimo entre dos empresas, que propició el embargo preventivo de un buque amarrado en el puerto de la bahía de Algeciras, propiedad de una de las partes. Asimismo, se estudiarán las normas de Derecho Internacional privado, con el objetivo de dilucidar que tribunal es el competente para conocer, reconocer y ejecutar dicho embargo.

**Palabras clave:** buque, embargo preventivo, tribunal competente, reconocimiento y ejecución.

**Abstract:** In this dissertation, the aim is, in line with Order No. 242/2018 of the Provincial Court of Cadiz, to analyze the behavior and resolutions issued by the Commercial Court of the same city. As well as establish the order of precedence of International Treaties and Conventions and the internal regulations of each Member State. All this, related to the existence of a maritime credit between two companies, leading to the preventive seizure of a ship moored in the port of the bay of Algeciras, owned by one of the parties. Also, the rules of Private International Law will be studied, with the aim of elucidating which court is competent to know, recognize and enforce such seizure.

**Keywords:** ship, preventive seizure, competent court, recognition and enforcement.

**Sumario:** I. Introducción. II. Auto N.º 242/2018 de la Audiencia Provincial de Cádiz: resumen de los hechos. III. Consideraciones previas. 1. Las regiones ultraperiféricas. 2. Normativa aplicable. IV. El embargo preventivo y la ejecución de la sentencia extranjera en España. 1. Medida cautelar: embargo preventivo de buque. 2. Ejecución de la resolución dictada por los Tribunales de Guadalupe. A. Competencia de los Tribunales españoles. B. Procedimiento y ejecución. V. Conclusiones.

### Introducción

1. En España, las ventas forzosas de buques y embarcaciones, como consecuencia directa de la existencia de créditos marítimos privilegiados, son procesos rápidos, y por lo general no se dilatan en exceso. A esto se añade la complejidad de las relaciones globales, de las que derivan problemas y conflictos



privados, por lo general, de índole internacional. En este sentido, un aspecto primordial para la resolución de esos conflictos radica, en ser capaz de distinguir qué tribunal tiene competencia para conocer sobre dicha controversia; y es en esta faceta, en donde el Derecho Internacional privado debe intervenir.

2. Actualmente, en España, existe una gran variedad de normas jurídicas que establecen la competencia judicial internacional de los Tribunales españoles dependiendo de la materia específica que se trate. Por este motivo, dichas fuentes del derecho, deben ser estructuradas y ordenadas con el objetivo de garantizar la idoneidad del instrumento legal aplicable a cada caso concreto.

### I. Auto N.º 242/2018 de la Audiencia Provincial de Cádiz: resumen de los hechos

3. En primer lugar, nos encontramos como parte demandante a la entidad SAS GESTION DE EXPLOITATION DE DEPOT CARBURANT (*Sas Gestion*), solicitando el 24 de septiembre de 2015 ante el Juzgado de lo Mercantil número uno de Cádiz, en el procedimiento de Medidas Cautelares Previas n.º 2288/2015, el embargo preventivo de un buque, propiedad de la parte demandada, PROSPERITY X SA (*Prosperity*). En el momento del conflicto, el buque estaba atracado en el puerto de la bahía de Algeciras, Cádiz (España). Este embargo se llevó a cabo por el juzgado al que se ha hecho referencia.

4. Posteriormente, el 15 de junio de 2016, el Tribunal Mixto de Comercio 4 de *Basse Terre*, ubicado en Guadalupe (Antillas Francesas), condenó a *Prosperity* al abono de una cuantía económica para responder por la deuda adquirida frente a *Sas Gestion*<sup>1</sup>. Por este motivo, *Sas Gestion* se personó ante el Juzgado de lo Mercantil número uno de Cádiz para ejecutar la resolución obtenida. De esa manera, con la venta forzosa del buque, *Prosperity* saldaría su deuda.

5. Seguidamente, a fecha 17 de octubre de 2017, el Juzgado de lo Mercantil de Cádiz dictó Auto de Ejecución n.º 405/2017, en el que acordó su “incompetencia territorial” para conocer sobre la ejecución del embargo preventivo. Éste se apoyó en el art. 545.1 LEC<sup>2</sup>, considerando que el tribunal que debía ejecutar la resolución debía ser el Tribunal que había conocido del asunto en primera instancia; interpretando que al no ser “un tribunal español el que había dictado tal resolución” no tenía competencia para su ejecución. Todo ello, a pesar de que el Tribunal, el 24 de septiembre de 2015, había realizado dicho embargo.

6. Ante este inverosímil suceso, *Sas Gestion* decidió interponer recurso de apelación ante la Audiencia Provincial de Cádiz contra el Auto emitido el 17 de octubre de 2017, alegando lo siguiente: 1.º) La resolución emitida por el Tribunal de Guadalupe tiene carácter ejecutivo en cualquier Estado de la Unión Europea. 2.º) En relación con el primer punto, aduce que es de aplicación el Reglamento Bruselas I bis (RBI-bis)<sup>3</sup>. 3.º) Considera que, al ser una resolución ejecutable en España, debe regir la regla del art. 545.3 LEC y no el 545.1 LEC, pudiendo escoger entre los tribunales del lugar donde se encuentran bienes del ejecutado que puedan ser embargados. 4.º) Dado que el embargo del buque se había realizado, previamente, por el Juzgado de Cádiz –siendo el único bien propiedad de *Prosperity*– y además, estaba

<sup>1</sup> Concretamente, le condena a Abonar 155.717,09€ más los intereses legales, 17.176,69€ y al pago de 2.000€ en concepto de condena en costas. Según el *Code de procédure civile française*, art. 700 : “Le juge condamne la partie tenue aux dépens ou qui perd son procès à payer : 1° A l'autre partie la somme qu'il détermine, au titre des frais exposés et non compris dans les dépens ; 2° Et, le cas échéant, à l'avocat du bénéficiaire de l'aide juridictionnelle partielle ou totale une somme au titre des honoraires et frais, non compris dans les dépens, que le bénéficiaire de l'aide aurait exposés s'il n'avait pas eu cette aide. Dans ce cas, il est procédé comme il est dit aux alinéas 3 et 4 de l'article 37 de la loi n° 91-647 du 10 juillet 1991. Dans tous les cas, le juge tient compte de l'équité ou de la situation économique de la partie condamnée. Il peut, même d'office, pour des raisons tirées des mêmes considérations, dire qu'il n'y a pas lieu à ces condamnations. Néanmoins, s'il alloue une somme au titre du 2° du présent article, celle-ci ne peut être inférieure à la part contributive de l'Etat.”.

<sup>2</sup> Ley 1/2000, de 7 de enero, de Enjuiciamiento Civil.

<sup>3</sup> 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. ELI: <http://data.europa.eu/eli/reg/2012/1215/oj>

atracado en el puerto de la bahía de Algeciras, resultaba obvio que la competencia objetiva recaía en dicho Tribunal para ejecutar la resolución.

7. Finalmente, el 13 de noviembre de 2018, la Audiencia Provincial de Cádiz, en su Auto n.º 242/2018<sup>4</sup>, estimó el recurso de apelación, revocando el Auto n.º 405/2017 y declarando la competencia del Juzgado de lo Mercantil número uno de Cádiz para conocer de la demanda ejecutiva interpuesta por *Sas Gestion*.

8. La Audiencia Provincial, pese al acierto final de revocar el auto apelado y considerar de aplicación el RBI-bis, no fue capaz de establecer una argumentación clara en torno a la utilización de esta normativa. Ésta, realiza una combinación normativa entre los preceptos de la LEC, de la Ley de Navegación Marítima<sup>5</sup>, del Convenio de Ginebra de 1999<sup>6</sup>, de la LOPJ<sup>7</sup> y del propio RBI-bis que confunde al lector, hasta tal punto, que no se es consciente del camino seguido por la Audiencia Provincial de Cádiz en la resolución del Auto.

9. En este sentido, conviene desarrollar ciertas cuestiones anticipadamente al comentario del Auto, para una mejor comprensión de los fundamentos de derecho de la resolución. De este modo se analizarán aspectos tales como la normativa aplicable y la naturaleza de las regiones ultraperiféricas.

### III. Consideraciones previas

#### 1. Las regiones ultraperiféricas

10. Como se ha mencionado al principio del artículo, la sentencia de origen –Tribunal Mixto de Comercio 4 de *Basse Terre*– se ha dictado en Guadalupe (Antillas francesas), motivo por el cual, es imprescindible conocer la naturaleza y la regulación jurídica de las regiones ultraperiféricas, siendo Guadalupe una de estas regiones. Ello, es de especial relevancia, dado que a los efectos de fijar la normativa aplicable al caso concreto –en particular Reglamento Bruselas I bis– es importante determinar si Guadalupe es considerado como un territorio de la UE.

11. En primer lugar, estas regiones son territorios que pertenecen y forman parte de algunos de los Estados miembros de la Unión Europea<sup>8</sup>. Normalmente, se encuentran geográficamente alejados y están bajo la jurisdicción de un Estado miembro<sup>9</sup> beneficiándose de ciertas políticas europeas otorgadas por el Tratado de Lisboa<sup>10</sup>. Actualmente, existen nueve de estas regiones: Canarias (España), la Guayana Francesa, la Martinica, Guadalupe, Mayotte<sup>11</sup>, la Reunión y San Martín (Francia) y por último, Madeira y las Azores (Portugal)<sup>12</sup>.

<sup>4</sup> AAP de Cádiz de 13 de noviembre. ECLI: ES: APCA: 2018:763A.

<sup>5</sup> Ley 14/2014, de 24 de julio, de Navegación Marítima. “BOE” núm. 180, de 25/07/2014.

<sup>6</sup> Instrumento de Adhesión de España al Convenio Internacional sobre los privilegios marítimos y la hipoteca naval, 1993, hecho en Ginebra el 6 de mayo de 1993.

<sup>7</sup> Ley Orgánica 6/1985, de 1 de julio, del Poder Judicial. “BOE” núm. 157, de 02/07/1985.

<sup>8</sup> Las regiones ultraperiféricas tienden a confundirse, habitualmente, con los países y territorios de ultramar. Estos últimos, dependen de cuatro Estados principalmente: Francia, Reino Unido, Dinamarca y los Países Bajos; sin embargo, y a diferencia de los anteriores, son territorios en los que no se aplica el derecho de la UE.

Por este motivo, la legislación europea no les afecta de una manera directa; muestra de ello, es que no están adheridos al mercado único.

<sup>9</sup> M. ASÍN CABRERA, “La Constitución Europea y el estatuto jurídico de las regiones ultra periféricas”, *Hacienda Canaria*, N.º12, 2005, pp. 5-24.

<sup>10</sup> Decisión 2013/755/UE del Consejo de 25 de noviembre de 2013, relativa a la asociación de los países y territorios de ultramar con la Unión Europea (“Decisión de Asociación ultramar”).

<sup>11</sup> La Decisión 2012/419/UE del Consejo Europeo, de 11 de julio de 2012, por la que se modifica el estatuto de Mayotte respecto de la Unión Europea, aplicable a partir del 1 de enero de 2014; de ser considerado un país y territorio de ultramar se convirtió en una región ultraperiférica.

<sup>12</sup> <http://www.europarl.europa.eu/factsheets/es/sheet/100/las-regiones-ultraperifericas-rup->

**12.** En este sentido, los territorios ultraperiféricos están regulados tanto en los arts. 349 y 355 del Tratado de Funcionamiento de la Unión Europea (TFUE)<sup>13</sup>, como en el art. 52 del Tratado de la Unión Europea (TUE)<sup>14</sup>. Así, analizando el último de los preceptos mencionados, el art. 52 detalla una lista de países en los que los Tratados son válidos y tienen eficacia; más concretamente, en su apartado segundo se indica que debemos acudir al art. 355 del TFUE si queremos conocer, con más precisión, el ámbito de aplicación territorial de los Tratados internacionales y sus efectos en las regiones de esta índole.

**13.** En este sentido, el art. 355 del TFUE, en su apartado primero, especifica que la aplicación territorial de los Tratados no sólo afecta a los Estados miembros de la Unión Europea, sino también a las regiones ultraperiféricas. Por ello, cabe afirmar que, a pesar de que estos territorios –geográficamente hablando– se encuentren alejados del Estado Miembro al que pertenecen, Guadalupe es una región ultraperiférica que forma parte del territorio de Francia.

**14.** Por ende, la resolución emitida por el Tribunal Mixto de Comercio de *Basse Terre*, según los Tratados Europeos mencionados, se ha emitido, a todos los efectos, por un órgano jurisdiccional francés y en consecuencia por un Estado Miembro de la UE<sup>15</sup>.

## 2. Normativa aplicable

**15.** Es importante resaltar la existencia de la primacía de la normativa europea respecto de la normativa española<sup>16</sup>. Si bien, ¿Cuál es el origen de estas normas europeas?

**16.** En este sentido –como fuentes del Derecho europeo– tenemos que diferenciar por un lado, el Derecho originario, encuadrado en los Tratados de la Unión Europea: TFUE y el TUE, y por otro lado, hay que distinguir al Derecho derivado, el cual está estrechamente vinculado con el anterior, recogido en los Reglamentos, Decisiones, Recomendaciones, etc., como así establece el propio art. 288 del TFUE<sup>17</sup>.

**17.** El art. 288 del TFUE, establece que los reglamentos adoptados por la Unión Europea serán de obligado cumplimiento y aplicables a cada Estado miembro. El motivo por el cual, el Reglamento que tiene cabida en este suceso, es el comúnmente conocido como RBI-bis. Éste es el encargado de establecer la competencia judicial internacional y el reconocimiento y ejecución de las resoluciones judiciales en materia mercantil. ¿Pero por qué se activa este Reglamento?

<sup>13</sup> Tratado de funcionamiento de la Unión Europea., art. 349: “*Teniendo en cuenta la situación estructural social y económica de Guadalupe, la Guayana Francesa, Martinica, la Reunión, San Bartolomé, San Martín, las Azores, Madeira y las islas Canarias, [...] el Consejo, a propuesta de la Comisión y previa consulta al Parlamento Europeo, adoptará medidas específicas orientadas, en particular, a fijar las condiciones para la aplicación de los Tratados en dichas regiones, incluidas las políticas comunes. [...] El Consejo adoptará las medidas contempladas en el párrafo primero teniendo en cuenta las características y exigencias especiales de las regiones ultraperiféricas, sin poner en peligro la integridad y coherencia del ordenamiento jurídico de la Unión, incluido el mercado interior y las políticas comunes.*” art. 355: “*Además de las disposiciones del artículo 52 del Tratado de la Unión Europea relativas al ámbito de aplicación territorial de los Tratados, se aplicarán las disposiciones siguientes: 1. Las disposiciones de los Tratados se aplicarán a Guadalupe, la Guayana Francesa, Martinica, la Reunión, San Bartolomé, San Martín, las Azores, Madeira y las islas Canarias, de conformidad con el artículo 349. [...] 3. Las disposiciones de los Tratados se aplicarán a los territorios europeos cuyas relaciones exteriores asuma un Estado miembro [...].*”

<sup>14</sup> Tratado de la Unión Europea., art. 52: “*1. Los Tratados se aplicarán al Reino de Bélgica, a la República de Bulgaria, a la República Checa, al Reino de Dinamarca, a la República Federal de Alemania, a la República de Estonia, a Irlanda, a la República Helénica, al Reino de España [...]. 2. El ámbito de aplicación territorial de los Tratados se especifica en el artículo 355 del Tratado de Funcionamiento de la Unión Europea.*”

<sup>15</sup> J. CARRASCOSA GONZÁLEZ, “Ejecución en España de una sentencia dictada en el paraíso. Notas sobre el auto de la AP Cádiz 13 noviembre 2018 [sentencia dictada en Antillas francesas]”, 2019, recuperado de <http://accursio.com/blog/?p=931>.

<sup>16</sup> A.-L. CALVO CARAVACA/ J. CARRASCOSA GONZÁLEZ, *Compendio de Derecho Internacional privado*, 1.ª ed., Murcia, 2019., p. 31. Asimismo, *Id.* AAP de Madrid de 5 de junio. ECLI: ES: TS: 2012:5911A; AAP de Madrid de 14 de marzo. ECLI: TS: 2006:1254A entre otras.

<sup>17</sup> A.-L. CALVO CARAVACA/ J. CARRASCOSA GONZÁLEZ, *Derecho internacional privado*, vol. II., Granada, Comares, 18.ª ed., 2018., p.68.

18. Como se ha explicado anteriormente, esto es debido a que la Región de Guadalupe es considerada parte del territorio francés, y en consecuencia, cualquier resolución emitida por un Estado Miembro debe seguir los cauces establecidos por el RBI-bis.

19. No obstante, en relación a la aplicación preferente del Reglamento, hay que tener en cuenta lo dispuesto en los arts. 69 y ss. del RBI-bis en relación con ciertos Convenios Internacionales, principalmente, dado el objeto de este trabajo, aquellos que regulan cuestiones concretas referidas al Derecho marítimo.

#### IV. El embargo preventivo y la ejecución de la sentencia extranjera en España

##### 1. Medida cautelar: embargo preventivo de buque

20. La resolución apelada trae causa del procedimiento de adopción de medida cautelar dictado por el mismo Juzgado de Cádiz por el que se acordó el embargo preventivo de un buque, como consecuencia de la existencia de un crédito marítimo a favor de *Sas Gestion* frente a *Prosperity*. Por lo tanto, de los datos que obran en el propio Auto de la Audiencia Provincial, se deduce que, dicho crédito marítimo no tiene la naturaleza de crédito marítimo privilegiado o privilegio marítimo.

21. En este punto, hay que aclarar que una peculiaridad del Derecho marítimo radica en la posibilidad de reconocer al titular de un determinado crédito, surgido en el seno de la explotación de un buque, de un derecho especial sobre éste en garantía del mismo<sup>18</sup>. De este modo, según acreditada doctrina, hay que distinguir entre créditos marítimos simples y créditos marítimos privilegiados<sup>19</sup>. Éstos últimos, se encuentran regulados en el Convenio de Ginebra de 1993<sup>20</sup> y en la LNM (arts. 122 y 480), que remite al propio Convenio<sup>21</sup>. Mientras que los créditos marítimos simples se deducen de lo dispuesto en el art. 9 del Convenio de Ginebra de 1999 (CG99)<sup>22</sup>.

22. Dicho lo cual, al no encontrarnos ante un privilegio marítimo, para garantizar el pago del crédito, la parte ahora recurrente solicitó el embargo preventivo del buque<sup>23</sup>. A este respecto, cabe señalar que el embargo preventivo de buques es una medida cautelar utilizada con diferentes consecuencias y materializada con la detención del buque en un puerto concreto. Ésta, es una práctica muy habitual en

<sup>18</sup> F. SÁNCHEZ CALERO/ J. SÁNCHEZ-CALERO GUILARTE, *Instituciones de Derecho Mercantil*, vol. II., Pamplona, Aranzadi, 36.<sup>a</sup> ed., 2013, pp.682-683.

<sup>19</sup> B. MORA CAPITÁN, *El embargo preventivo de buques*, Barcelona, JM Bosch, 2000, pp. 109-110.

<sup>20</sup> Instrumento de Adhesión de España al Convenio Internacional sobre los privilegios marítimos y la hipoteca naval, 1993, ... "art. 4. Privilegios marítimos. 1. Los siguientes créditos contra el propietario, el arrendatario a casco desnudo, el gestor o el naviero del buque estarán garantizados con un privilegio marítimo sobre el buque: a) los créditos por los sueldos y otras cantidades debidos al capitán, los oficiales y demás miembros de la dotación del buque en virtud de su enrolamiento a bordo del buque, incluidos los gastos de repatriación y las cuotas de la seguridad social pagaderas en su nombre; b) los créditos por causa de muerte o lesiones corporales sobrevenidas, en tierra o en el agua, en relación directa con la explotación del buque; c) los créditos por la recompensa pagadera por el salvamento del buque; d) los créditos por derechos de puerto, de canal y de otras vías navegables y practicable; e) los créditos nacidos de culpa extracontractual por razón de la pérdida o el daño materiales causados por la explotación del buque distintos de la pérdida o el daño ocasionados al cargamento, los contenedores y los efectos del pasaje transportados a bordo del buque."

<sup>21</sup> Sobre este particular, consúltese a J. CASAS, "Los privilegios marítimos", *Comentarios a la Ley de Navegación Marítima*, Madrid, Dykinson, 2016, p. 102. El citado autor indica que: "Los privilegios marítimos en su vertiente procesal son acciones in rem, esto es, su eficacia se despliega precisamente por la capacidad de ejecutar separadamente el buque como componente principal de la fortuna de mer, incluso si la posesión y la propiedad hayan cambiado de manos, tal y como dice el art. 8 del Convenio de 1993 y la propia Ley de Navegación Marítima." A este respecto, *Vid.*, AAP de Girona de 27 de mayo. ECLI: ES: JMGI: 2016:134A; AAP de Palma de Mallorca de 11 de marzo. ECLI: ES: APiB: 2019:55A; AAP de Cádiz de 30 de abril. ECLI: ES: APCA: 2019: 160A.

<sup>22</sup> Instrumento de Adhesión de España al Convenio Internacional sobre el embargo preventivo de buques, 1999, hecho en Ginebra el 12 de marzo de 1999. "BOE" núm. 104, de 2 de mayo de 2011.

<sup>23</sup> El art. 1.2 del CG99 define que se entiende por embargo a los efectos del propio Convenio.

el tráfico marítimo como consecuencia del carácter móvil de las embarcaciones, pues normalmente éstos se usan para el transporte de mercancías y deben estar el menor tiempo posible arribados en puerto. Por lo tanto, la única posibilidad de que el buque sea retenido en el puerto es con la figura del embargo<sup>24</sup>.

**23.** Debido a la naturaleza internacional del comercio marítimo y la movilidad de las embarcaciones hacen que sea necesario la utilización de normas internacionales en esta materia. En este sentido, habrá de tenerse en cuenta lo dispuesto en el Convenio de Ginebra de 1999 en vigor en nuestro país, y al que remite asimismo el art. 470 de la LNM. Éste, regula la figura del embargo y protege el derecho de persecución en relación con la existencia de un crédito, logrando de esta manera, retener el buque en cualquier puerto independientemente de quien sea el dueño<sup>25</sup>. Asimismo, las condiciones para el ejercicio del derecho de embargo, quedan referenciadas en el art.3 de la misma norma<sup>26</sup>.

**24.** Por otra parte, el embargo preventivo del buque es una medida cautelar que pretende que el deudor no traslade sus bienes de un Estado a otro, para eludir la ejecución de su patrimonio. En principio, como toda medida cautelar, se puede solicitar ante los tribunales competentes para conocer del fondo del asunto, pero también ante otros tribunales que no dispongan de dicha competencia, pero que resultan ser los del Estado donde está situado el buque, en nuestro caso, España<sup>27</sup>. El art. 7 del CG99 regula la competencia judicial internacional para conocer sobre el fondo del asunto, sin embargo, no contempla la competencia para decretar el embargo preventivo cuando este se solicita ante tribunales distintos de los que resultan competentes para enjuiciar la cuestión litigiosa<sup>28</sup>.

<sup>24</sup> P.J. BAENA BAENA, *Privilegios, hipotecas y embargos preventivos sobre el buque y la aeronave*, Marcial Pons, Tratado de Derecho Mercantil, tomo 48, Vol. 2, pp. 171-172.

<sup>25</sup> J. PORTALES, "El embargo preventivo de buques en la Ley de Navegación Marítima", *Comentarios a la Ley de Navegación Marítima*, Madrid, Dykinson, 2016, pp. 441- 453.

<sup>26</sup> Vid. AAP de Pontevedra de 27 de noviembre. ECLI: ES: APPO: 2017:3325A, en este sentido "una de las cuestiones más controvertidas durante la fase de elaboración del Convenio de Ginebra de 1999 fue, precisamente, la determinación de los buques embargables. Tras diversas propuestas, la determinación del objeto del embargo quedó regulada en el artículo 3 del Convenio en un sentido más restrictivo que el previsto en el Convenio de Bruselas de 1952 sobre embargo preventivo de buques, dado que si el deudor no es el propietario del buque que ha generado el crédito, este bien únicamente podrá ser embargado preventivamente en los supuestos en que una sentencia estimatoria pueda ejecutarse contra ese buque, mediante su venta judicial o forzosa (art.3.3 CG99). Por lo tanto, si deudor (arrendatario o fletador) y propietario no coinciden, el crédito marítimo deberá estar asistido de algún privilegio o estar garantizado con hipoteca naval para poder embargar ese buque cuyo propietario no es el deudor. A diferencia de lo que sucedía con el Convenio de Bruselas, que permitía embargar preventivamente el buque en los supuestos en los que no coincidían la persona del deudor (por ejemplo, un fletador por tiempo o por viaje) y del propietario, en virtud de los créditos marítimos, tanto privilegiados como no privilegiados, del listado cerrado del artículo 1 del Convenio. De acuerdo con el artículo 3.1 CG99, el acreedor puede embargar, en determinados casos, «todo buque con respecto al cual se alegue un crédito marítimo» (el denominado, *offending ship*), es decir, el buque al que el crédito marítimo se refiere y cuya explotación o utilización ha generado dicho crédito o, si se prefiere, del que trae causa el crédito marítimo. Los supuestos concretos en los que se podrá embargar el *offending ship* serán los siguientes: a) si el deudor del crédito era propietario del buque en el momento en que nació el crédito y continúa siendo propietario en el momento de practicarse el embargo; b) si el deudor del crédito era el arrendatario a casco desnudo del buque en el momento en que nació el crédito y continúa siendo arrendatario a casco desnudo (o ha pasado a ser propietario) en el momento de practicarse el embargo; c) si el crédito procede de un derecho real de hipoteca, mortgage o gravamen de la misma naturaleza sobre el buque; d) si el crédito se refiere a la propiedad o la posesión del buque; e) si se trata de un crédito privilegiado (conforme a la normativa aplicable en el Estado en que se solicite el embargo) contra el propietario, el arrendatario a casco desnudo, el gestor o el naviero del buque. Ahora bien, estos supuestos de embargabilidad, previstos en el apartado 1º art. 3 CG99, deben interpretarse, como señala la doctrina, junto con la importante limitación contenida en el apartado 3º de dicho precepto. De acuerdo con esta restricción, el embargo de un buque por un crédito cuyo deudor no sea el propietario de dicho buque únicamente será admisible si la sentencia estimatoria puede ejecutarse contra ese buque, mediante su venta judicial o forzosa. Como consecuencia, los créditos privilegiados y los créditos con garantía real habilitarán para embargar preventivamente un buque cuando el deudor no sea el propietario del buque. Sin embargo, conforme a la normativa española, no será posible embargar un buque por créditos marítimos no privilegiados y sin garantía real, cuando el deudor no sea el propietario sino el arrendatario a casco desnudo o el fletador por tiempo o el fletador por viaje, ya que la sentencia que se dictase en relación con el crédito no podría ejecutarse contra dicho buque."

<sup>27</sup> A.-L. CALVO CARAVACA/ J. CARRASCOSA GONZÁLEZ, ... p.803.

<sup>28</sup> En virtud del principio de especialidad y conforme a los arts. 69 y ss. el Convenio de Ginebra de 1999 prevalece sobre el Reglamento en todo lo cubierto por dicho convenio.

**25.** A la vista de que el Convenio no dispone de ningún foro de competencia judicial internacional para decretar la medida cautelar, cabe preguntarse cual sería el instrumento aplicable a tal fin. Para ello, deberemos acudir al RBI-bis, más concretamente, a su art. 35. Este precepto otorga competencia judicial internacional a los órganos jurisdiccionales de un Estado miembro para decretar medidas provisionales o cautelares previstas por la ley de dicho Estado miembro –España–, incluso si un órgano jurisdiccional de otro Estado miembro es competente para conocer del fondo del asunto –Guadalupe (Francia)–.

**26.** Reputada doctrina entiende que la remisión que efectúa el art. 35 RBI-bis a favor del Derecho de cada Estado Miembro ha de entenderse en un triple sentido: 1.º) Esta referencia comporta la aplicación del art. 22 *sexies* de la LOPJ. 2.º) En cuanto a la competencia territorial se aplican las normas de competencia interna de nuestro Derecho procesal y 3.º) El derecho procesal español determina las medidas cautelares aplicables. En el caso en cuestión, deberíamos acudir a lo esgrimido en los arts. 471 de la LNM que, entre otros foros, atribuyen competencia al Juzgado de lo Mercantil del lugar donde está ubicado el bien. Así pues, los juzgados competentes serían los de Cádiz, por encontrarse el buque amarrado en el puerto de la bahía de Algeciras. Asimismo, los arts. 722 y ss. de la LEC se aplicarían de forma supletoria<sup>29</sup>.

**27.** Obviamente, en atención a lo dispuesto, el Juzgado de lo Mercantil de Cádiz tenía competencia judicial internacional para decretar el embargo preventivo del buque.

## 2. Ejecución de la resolución dictada por los Tribunales de Guadalupe

### A. Competencia de los Tribunales españoles

**28.** En relación con lo anterior, y al hilo de los fundamentos de derecho esgrimidos por la propia Audiencia Provincial de Cádiz, se pretende realizar un doble estudio. Por un lado, analizar el proceso sustanciado ante la jurisdicción de Guadalupe y la competencia objetiva del Juzgado de lo Mercantil de Cádiz para reconocer y ejecutar dicha resolución. Y por otro lado, el examen del propio procedimiento de ejecución y las consecuencias directas que acarrea.

**29.** Primeramente, en el supuesto que nos ocupa, hay que determinar si el Juzgado de lo Mercantil resultaba internacionalmente competente para conocer de la ejecución de la sentencia emitida por el Tribunal de Guadalupe. En este punto, hay que indicar que el Convenio de Ginebra de 1999 nada dice al respecto, por lo tanto, la sentencia dictada por los Tribunales de Guadalupe debe ser interpretada como una sentencia emitida por los tribunales de cualquier Estado miembro. En tal sentido, es de aplicación el RBI-bis<sup>30</sup>, más concretamente el foro exclusivo del art. 24.5 del RBI-bis, el cual otorga la competencia a los órganos jurisdiccionales del Estado miembro del lugar de ejecución.

**30.** En este punto, hay que tener en cuenta que en virtud de este foro, únicamente, los tribunales en los que deba ejecutarse la decisión relativa a un embargo preventivo, son exclusivamente competentes para la realización de esa medida de ejecución, en tanto que debe cumplirse en el territorio de ese Estado. Más todavía, cuando han sido los tribunales de ese Estado –Juzgado de lo Mercantil de Cádiz– los que han acordado el embargo preventivo (AAP Madrid 21 de marzo de 2005)<sup>31</sup>.

<sup>29</sup> *Ibid.* p.804.

<sup>30</sup> J. CARRASCOSA GONZÁLEZ, “Ejecución en España ...”, <http://accursio.com/blog/?p=931>.

<sup>31</sup> A.-L. CALVO CARAVACA/ J. CARRASCOSA GONZÁLEZ, *Derecho internacional...*, p.744. En este punto, son varios los datos a tener en cuenta: “1.º) *El art. 24.5 del RB I-bis sólo cubre los litigios sobre la ejecución propiamente dicha de una decisión judicial. El citado artículo se aplica en relación con la ejecución de decisiones nacionales o extranjeras (SAP Valencia 21 de junio. ECLI: ES: APV: 2017:1750A. 2.º) El art. 24.5 del RB I-bis no es aplicable a la acción pauliana. 3.º) El art. 24.5 del RB I-bis exige concretar el lugar de ejecución de una resolución judicial, pues sólo los tribunales del Estado miembro correspondientes a dicho lugar, son los competentes para ejecutar tal resolución con carácter exclusivo. 4.º) Los tribunales del Estado miembro que se encuentren en mejor posición o en situación más acorde para la ejecución de la resolución judicial, son los competentes con arreglo al El art. 24.5 del RB I-bis, ya que el Reglamento, tiene como objetivo último facilitar la ejecución real de las resoluciones judiciales.”*

**31.** A este respecto, este Tribunal deberá fijar si tiene competencia objetiva y territorial para conocer de este asunto. Sobre este particular, habrá que tenerse en cuenta lo dispuesto, nuevamente, en el LNM junto con lo dispuesto en los arts. 83 ter y 86 ter 2 c) de la LOPJ, en cuya virtud la competencia para la ejecución del embargo preventivo recaerá en los Juzgados de lo Mercantil y no en los juzgados de primera instancia.

**32.** Ahora bien, y una vez establecida la competencia objetiva a favor de los Juzgados de lo Mercantil –en defecto de norma especial– y dado que la LNM no contempla precepto alguno para establecer la competencia territorial y dispone como supletoria la aplicación de la Ley de Enjuiciamiento Civil, debe aplicarse el art.545.3 de la LEC. Éste precepto, establece que la competencia territorial para ejecutar el fallo de la resolución emitida por los tribunales extranjeros, recaerá en los tribunales del lugar donde se encuentren los bienes del ejecutado que puedan ser embargados.

**33.** En este supuesto, el tribunal competente para conocer de la ejecución del embargo es el Juzgado de lo Mercantil de Cádiz, por ser el Puerto de la Bahía de Algeciras el lugar donde se encuentra amarrado el buque objeto de embargo.

## **B. Procedimiento y ejecución**

**34.** En segundo lugar, en relación con la demanda de ejecución, podría decirse que –dado que la resolución emitida por el Tribunal de Guadalupe se considera una resolución emitida por un Tribunal de un Estado miembro– para la resolución de sentencias firmes, habría que estar a lo regulado en los arts. 36 y ss. del RBI-bis<sup>32</sup>. Por un lado, el art. 36.1 establece que aquellas resoluciones dictadas en un Estado miembro serán reconocidas en los demás Estados parte sin necesidad de ningún procedimiento; mientras que el art. 39 considera que aquellas resoluciones dictadas en un Estado miembro que tengan fuerza ejecutiva en éste –la resolución emitida por los Tribunales de Guadalupe se podría considerar que si la tiene– gozarán de esta sin necesidad de una declaración de fuerza ejecutiva. Esta argumentación sería acertada, en el hipotético caso de que considerásemos como instrumento aplicable el RBI-bis.

**35.** Sin embargo, como ya se ha expuesto a lo largo del artículo, el Convenio de Ginebra de 1999, dado su carácter especial y en virtud de los arts. 69 y ss. del RBI-bis, prevalece sobre los dispuestos en el propio Reglamento. Por lo tanto, el procedimiento de ejecución de la resolución emitida por el Tribunal Mixto de Comercio cuatro de *Basse Terre* (Guadalupe) debía de haberse resuelto según lo dispuesto en el art. 7 del Convenio de Ginebra de 1999.

**36.** Más concretamente, hay que tener en cuenta lo especificado en su apartado quinto: “Si se entabla la demanda ante un tribunal competente o un tribunal arbitral de otro Estado, toda resolución definitiva dictada en ese procedimiento será reconocida y surtirá efecto con respecto al buque embargado o a la garantía prestada para obtener la liberación del buque, a condición de que: a) Se haya comunicado la demanda al demandado con suficiente antelación y se le ofrezcan oportunidades razonables para defenderse; y b) Ese reconocimiento no sea contrario al orden público.” Además, el apartado sexto indica: “Ninguna de las disposiciones del párrafo 5 del presente artículo limitará otros posibles efectos que la ley del Estado en que se haya practicado el embargo del buque o se haya prestado garantía para obtener su liberación, reconozca a una sentencia o a un laudo arbitral extranjeros.”

**37.** Esto entendiendo que lo que se esta solicitando por la parte apelante, es la ejecución de una sentencia que resuelve el fondo del asunto tal como parece deducirse de los datos que obran en el Auto

<sup>32</sup> Reglamento (UE) n.º 1215/2012 ... “art. 36.1: Las resoluciones dictadas en un Estado miembro serán reconocidas en los demás Estados miembros sin necesidad de procedimiento alguno; art. 39: Las resoluciones dictadas en un Estado miembro que tengan fuerza ejecutiva en él gozarán también de esta en los demás Estados miembros sin necesidad de una declaración de fuerza ejecutiva; art. 40: Toda resolución con fuerza ejecutiva conllevará la facultad de aplicar las medidas cautelares previstas en la legislación del Estado miembro requerido.”

comentado. No obstante, hay que hacer una puntualización, ya que si la resolución de Guadalupe tuviera por objeto un embargo preventivo, su ejecución se llevaría a cabo no por la vía del Convenio de Ginebra 1999 sino por el cauce previsto en los arts. 36 y ss. del RBI-bis.

**38.** Para finalizar, respecto de la terminación del proceso, es menester reseñar el mantenimiento de la medida cautelar en tanto en cuanto no se hubiera asegurado el cumplimiento de la resolución judicial. En este sentido, el art. 731, en relación con el art. 548 de la LEC considera que no puede mantenerse una medida cautelar cuando haya finalizado el procedimiento principal, salvo que se haya emitido una resolución condenatoria, justificando así su mantenimiento. Pues en el caso de dictarse dicha sentencia, el embargo debe continuar hasta el resarcimiento del acreedor ejecutante. Ya que en el caso de no solicitar la ejecución, el juez debe alzar las medidas cautelares adoptadas.

**39.** Si la sentencia que resuelve el fondo de asunto es condenatoria –como el caso que nos ocupa– se abre la vía de ejecución, en la que el embargo preventivo sigue cumpliendo la función de garantizar y salvaguardar la deuda adquirida de la entidad *Prosperity* frente a la compañía *Sas Gestion* hasta la ejecución definitiva de la sentencia (STS de 9 de marzo de 1990). En este sentido, se considera que el embargo preventivo ha sufrido una modificación y se ha convertido en un embargo ejecutivo al iniciarse el procedimiento de ejecución a instancia de parte<sup>33</sup>.

**40.** Seguidamente, dicha ejecución puede originar, la entrega del buque al demandante –cuando existe un conflicto respecto de la propiedad– o bien, la ejecución del buque –entregando la cantidad reclamada–. Al respecto, es preciso matizar que si el proceso concluye de otra manera, no con la ejecución, sino con una renuncia, desistimiento, un acuerdo, un allanamiento, caducidad, etc., los efectos producidos respecto de la medida cautelar debería de ser o iniciar la fase ejecutiva o alzar el embargo<sup>34</sup>.

**41.** A mayor abundamiento, el art. 480 de la LNM regula lo relativo a la posibilidad de la venta forzosa del buque, con arreglo los traspases previstos en la LEC o en su caso la normativa administrativa que resulte de aplicación para la subasta de los bienes muebles sujetos a publicidad registral en todo lo no previsto en el Convenio Internacional sobre los privilegios marítimos y la hipoteca naval, hecho en Ginebra el 6 de mayo de 1993, y en esta ley.

## V. Conclusiones

**42.** El Auto N.º 242/2018 de la Audiencia Provincial de Cádiz llega a idéntica solución que la expuesta en el presente trabajo, sin embargo, no establece ningún orden lógico como el que precede a estas líneas. La propia Audiencia Provincial va “saltando” de normativa en normativa, combinando, sin ninguna pauta, la normativa traída a colación. En conclusión, y de lo argumentado a través de la presente disertación, deben apreciarse las siguientes consideraciones:

**43.** Primera. Comenzando por la resolución de primera instancia del Juzgado de lo Mercantil de Cádiz, hay que poner de manifiesto que fue este mismo Juzgado el que decretó el embargo del buque en tanto que disponía de competencia judicial internacional conforme a lo dispuesto en el art. 35 del RBI-bis. Dicho esto, del análisis realizado a través de la presente disertación, debe ponerse en evidencia que el juez de lo mercantil se equivocó al declarar su incompetencia territorial sobre la base del art. 41 del RBI-bis, para, a continuación, fundamentar su falta de competencia en el art. 545.1 de la LEC, que, por lo demás, ni tan siquiera hace referencia a la competencia territorial sino a la competencia funcional. En consecuencia, el juzgado olvidó, que con carácter previo a la determinación de la competencia territorial, debió dilucidar si disponía de un foro que le otorgase competencia judicial internacional para la

<sup>33</sup> P.J. BAENA BAENA, *Privilegios, hipotecas y ...*, p. 215.

<sup>34</sup> B. MORA CAPITÁN, *El embargo preventivo ...*, pp. 497-500.



ejecución de la sentencia aplicando la normativa de Derecho Internacional privado vigente en nuestro país. Ello, en tanto que la resolución cuya ejecución se solicitaba procedía de un tribunal extranjero.

**44.** Segunda. Pese a las referencias del Juzgado del Mercantil de Cádiz a la aplicabilidad del RBI-bis, no justificó que las reglas sobre la ejecución de resoluciones extranjeras previstas en el propio Reglamento resultarían aplicables en virtud de la normativa establecida en el TFUE y en el TUE, conforme a la cual se considera que la resolución emitida por los Tribunales de Guadalupe debía interpretarse en sentido estricto como una resolución dictada por los tribunales de un Estado miembro. En consecuencia, esto conduciría a la aplicación de los cauces establecidos en el RBI-bis, siempre y cuando no hubiera existido una normativa específica internacional que prevaleciera sobre el mismo, como es nuestro caso.

**45.** Tercera. En este sentido, el juzgado de lo Mercantil no tuvo en cuenta que respecto del embargo preventivo de buque está en vigor en nuestro país el Convenio de Ginebra de 1999, sin que, por tanto, entrara a valorar su posible aplicación. Lo que supone un error de apreciación por su parte.

**46.** Cuarta. Seguidamente, entrando en el recurso de apelación, la Audiencia Provincial de Cádiz cometió una equivocación cuando sostuvo que la resolución apelada infringió el art. 22.e) en relación con el 22 *octies* de la LOPJ, ya que la materia objeto de resolución quedaba cubierta por el ámbito de aplicación del RBI-bis, y éste prevalecía sobre la Ley Orgánica del Poder Judicial. En su lugar, debería de haberse aplicado el foro exclusivo del art. 24.5 del RBI-bis –como se ha reseñado– el cual atribuye la competencia judicial internacional exclusiva a los Tribunales españoles para la ejecución de la sentencia. A este respecto, hay que añadir que el RBI-bis resulta de aplicación en tanto en cuanto el Convenio antes mencionado no dice nada sobre la competencia judicial internacional del tribunal que debe conocer de la ejecución de la resolución extranjera. Ahora bien, este foro tampoco se pronuncia respecto de la competencia objetiva ni territorial. Tal como establece la resolución comentada, en primer lugar, se debe acudir a la LNM, junto con los arts. 83 ter y 86 ter 2 c) de la LOPJ, que establecen la competencia objetiva de los juzgados de lo mercantil y no de los juzgados de primera instancia. Mientras que para fijar la competencia territorial, al no estar regulada en la LNM, se debe acudir a la LEC. Específicamente, el art. 545.3 de la LEC estipula que la competencia territorial recae en los tribunales del lugar donde se encuentran los bienes del ejecutado, en nuestro caso, los juzgados de lo Mercantil de Cádiz, puesto que el buque se encuentra amarrado en el Puerto de la Bahía de Algeciras, Cádiz (España).

**47.** Quinta. En materia de ejecución de la resolución extranjera –respecto del embargo preventivo de buque– el juez no ha tenido claro que instrumento legal debería aplicar al tema referido, y a pesar de ello, dio la razón a la parte apelante. En este punto, y contrariamente a lo que indica la parte apelante –entendiendo que lo que se solicita es la ejecución de la sentencia que resuelve sobre el fondo del litigio– no resultarían de aplicación los arts. 36 y ss. del RBI-bis, siendo aplicable el art. 7.5 del Convenio de Ginebra de 1999 que regula de manera específica dicha cuestión. En este punto, pese a que la Audiencia acierta en la solución emitida, confunde al lector en tanto que menciona todos los instrumentos en vigor en nuestro país en materia de reconocimiento y ejecución de resoluciones extranjeras (RBI-bis, LCJIMC, CG99) sin explicar el motivo que le lleva a aplicar finalmente el Convenio de Ginebra de 1999, ni las causas por las que descarta el resto de normativa citada.

**48.** Finalmente, quisiera acabar con una frase de Mark Twain que resume lo que ha sucedido en el supuesto analizado: “A menudo, no es lo que no sabes lo que te mete en problemas. Es lo que aseguras saber con certeza y resulta no ser así.”

EL CASO CAMPANELLI Y PARADISO ANTE EL TRIBUNAL  
EUROPEO DE DERECHOS HUMANOS: EL CONCEPTO  
DE FAMILIA DE FACTO Y SU APORTACIÓN AL DEBATE  
DE LA GESTACIÓN POR SUSTITUCIÓN

(CAMPANELLI AND PARADISE VS. ITALY CASE BEFORE  
THE EUROPEAN COURT OF HUMAN RIGHTS: FAMILY  
DE FACTO CONCEPT AND ITS CONTRIBUTION  
TO THE SURROGACY)

DR. ANNA MARÍA RUIZ MARTÍN

*Abogada del ICAM*

*Lecturer in Law*

ORCID ID: 0000-0001-5020-582X

Recibido: 11.06.2019 / Aceptado: 05.07.2019

DOI: <https://doi.org/10.20318/cdt.2019.5020>

**Resumen:** En el año 2017, la Gran Sala del Tribunal Europeo de Derechos Humanos (TEDH) se volvió a pronunciar sobre el caso *Paradiso y Campanelli c. Italia*, dos años después que la Sección 2ª dictase su primera resolución en el caso. Esta sentencia tiene una especial aportación, teniendo en cuenta que el caso no ha sido considerado como un supuesto de gestación por sustitución propio. Sin embargo, se considera que lo que en realidad está aportando esta sentencia y por ello es analizada, es la reflexión que realiza el TEDH sobre la determinación y valoración del vínculo familiar *de facto* en este tipo de supuestos de gestación por sustitución internacionales, a la luz del artículo 8 del Convenio Europeo de Derechos Humanos (CEDH).

**Palabras clave:** artículo 8 CEDH, interés superior del menor, valoración del vínculo familiar, vida familiar *de facto*, respeto a la vida privada, injerencia del Estado, gestación por sustitución.

**Abstract:** In 2017, the Grand Chamber of the European Court of Human Rights (ECHR) rendered its second ruling with regard to the case *Paradiso and Campanelli vs. Italy*, two years after the first ruling was rendered in 2015. This contribution is aimed to highlight the most remarkable statements of this second Judgment taking into account that this case was never considered a case of surrogacy as such. The moot point relies on the scope and implementation of the Article 8 of the Convention on the Protection of Human Rights and Fundamental Freedoms and the assessment of a real familiar *de facto* bond in cross border surrogacy cases, given by the judges in this judgment.

**Keywords:** Article 8 CPHFR, best interest of the child, family bonds, family life *de facto*, right to respect the private life, State interference, public policy, surrogacy.

**Sumario:** I. Introducción; II. Referencias sobre el supuesto de hecho; III. Las aportaciones del Tribunal Europeo de Derechos Humanos con el caso al debate de la gestación por sustitución: el por qué del giro en su jurisprudencia: 1. El Derecho al respeto a la vida privada y el Derecho a la vida familiar: el Artículo 8 de la Convención Europea de Derechos Humanos: 2. Determinación de la duración del vínculo familiar *de facto* y el concepto de familia en el Derecho europeo; A) Qué debe entenderse como una familia *de facto* según el artículo 8 del CEDH; B. Qué no se entiende

como una familia de facto según la jurisprudencia del artículo 8 del CEDH. Relación con el derecho a la vida privada: IV. Incidencia del pronunciamiento en el Derecho doméstico de los Estados parte de la Convención Europea de Derechos Humanos: 1. El orden público internacional (de protección) en el Estado de destino: la opinión del Tribunal Europeo de Derechos Humanos en el caso: 2. Aportaciones de la Opinión particular de los jueces del caso: V. Conclusiones

## I. Introducción

1. El presente artículo analiza los aspectos más destacados de una de las sentencias más importantes hasta ahora dictadas por el Tribunal Europeo de Derecho Humanos (en lo sucesivo, TEDH), en el debate de la gestación por sustitución: el asunto *Campanelli y Paradiso* c. Italia (en adelante, “el caso”)<sup>1</sup>. El caso es muy particular, en atención a que no se ha llegado a considerar como un supuesto de gestación por sustitución puro, a diferencia de sus coetáneos, como los asuntos *Menesson-Labasse* (con los que se suele comparar)<sup>2</sup>. Del mismo además, existen dos resoluciones del TEDH. La primera fue dictada en el año 2015 por la Sección 2ª del TEDH. La segunda fue dictada en el año 2017 por la Gran Sala, siendo esta última la definitiva en el caso.

2. El análisis está centrado sobre las cuestiones relativas al ámbito sustantivo de la norma analizada por el TEDH, que es el artículo 8 de la CEDH. No se hace un análisis exhaustivo de los aspectos conflictivos del ámbito del Derecho internacional privado (DIPr). No obstante, será inevitable tener que realizar al final unas puntualizaciones relativas a los problemas que surgen en estos supuestos en el ámbito del DIPr, por dos razones. *Primero*: porque la gran parte de los supuestos de gestación por sustitución (y de adopción) atendiendo al variado panorama legislativo en los Estados parte del CEDH son, en su mayoría (por no decir todos), transfronterizos y deber ser solucionados mediante las normas de DIPr, —especialmente de reconocimiento—, de los Estados de destino. Todo ello, en defecto que no existe todavía ninguna norma ni de corte convencional ni europea que haya regulado la situación como bien se sabe<sup>3</sup>. *Segundo*: como consecuencia de lo anterior, el mismo TEDH observa que las cuestiones relativas al DIPr son necesarias, dado que la gran parte de los nacidos por esta técnica de reproducción, acaban siendo trasladados a un Estado diferente del que han nacido y donde usualmente, la técnica está prohibida<sup>4</sup>. Por ello, los padres comitentes o padres de intención (*intended parents*) se enfrentan generalmente, a la posible denegación del reconocimiento de la filiación adquirida en el Estado de origen, donde se celebró el contrato de gestación por sustitución y fueron inscritos como los padres del menor de forma legal<sup>5</sup>.

Esta precisión la concibe el TEDH, en cuanto, considera que los Estados parte en los que está prohibida o no regulada la técnica de la gestación por sustitución, no usen el resorte “automático e indiscriminado” al orden público internacional por encima de la protección debida al principio supranacional del “interés superior del menor”, para no dar efectos de forma automática mediante el *reconocimiento*

<sup>1</sup> STEDH 24 de enero 2017, nº 25358/12, *as. Campanelli y Paradiso c. Italia*.

<sup>2</sup> V. LORUBBIO, “L’interesse superiore del minore come *overruling* “occulto”? A proposito della Sentenza della Grande Camera (Corte E.D.U.). *Paradiso e Campanelli c. Italia*”, *Diritti Comparati*

*Working Papers*, 2017; I. ANRÒ, “Surrogacy from the Luxembourg and Strasbourg perspectives: divergence, convergence and the chance for a future dialogue”, *Geneve Jean Monnet Working Papers*, 09/2016, pp. 1-50; O. FERACI, “Maternità surrogata conclusa all’estero e Convenzione Europea di Diritti Dell’Uomo: Riflessioni a margine della Sentenza *Paradiso e Campanelli* contra Italia”, *CDT*, vol. 7, nº2, 2015, pp. 420-439; C. HONORATI, “Paradiso e Campanelli c. Italia, atto secondo: la Corte EDU definisce la nozione di “vita familiare” e ribalta la sentenza precedente”, *Quaderni Costituzionali*, nº1, 2017, disponible en: <http://www.forumcostituzionale.it/wordpress/wp-content/uploads/2001/01/honorati.pdf>

<sup>3</sup> Casi todos los informes, resoluciones y sentencias reconocen el problema como transfronterizo, así por ejemplo, la resolución de la DGRN de 18 de febrero del 2019, lo pone de relieve desde sus inicios, “Instrucción de 18 de febrero de 2019, de la Dirección General de los Registros y el Notariado, sobre actualización del régimen registral de la filiación de los nacidos mediante gestación por sustitución”, *BOE* nº45, Sec. 1, 21 de febrero de 2019; L. BRUNET, “La globalization internationale de la gestation pour autrui”, *Travail, Genre et Sociétés*, nº2, 2012, pp. 199-205; Y. ERGAS, “Babies Without Borders: Human Rights, Human Dignity, and the Regulation of International Commercial Surrogacy”, *Emory International Law Review*, vol. 27, 2013, pp. 117-188; B. STARK, “Transnational Surrogacy and International Human Rights Law”, *ILSA Journal of International and Comparative Law*, vol. 18, 2012, pp. 369-386.

<sup>4</sup> Por ejemplo, párrafos 170 y siguientes de la STEDH.

<sup>5</sup> Párrafo 70 de la STEDH.

*incidental* a las resoluciones de otros Estados donde se constituyó de forma legal la filiación mediante el contrato de gestación subrogada<sup>6</sup>. En realidad, el orden público internacional en estos supuestos, se representa en este principio supranacional del “interés superior del menor” como se expondrá en el último epígrafe, no pudiendo existir otros valores en estos casos que lo subordinen. Ahora bien, en *Campanelli-Paradiso*, se acusó al matrimonio de no haberla constituida de forma legal, por lo que, ¿qué sucede si la filiación de un menor nacido por esta técnica de gestación por sustitución no ha sido legalmente constituida en el Estado de origen?

3. Por otro lado, la valoración que hacen de forma particular, los jueces de la Gran Sala en qué debe considerarse como un “vínculo familiar” que, tendrá suma importancia, –según el TEDH–, para determinar finalmente si el menor nacido de la técnica de la gestación por sustitución puede o no considerarse hijo de los padres comitentes para darle un reconocimiento posterior en el Estado de destino, son también puestas de relieve por su relevancia y aportación<sup>7</sup>. Esto es, el TEDH lleva ya varias sentencias formando un concepto de familia “europeo” que emana de su jurisprudencia sobre el artículo 8 del CEDH (en relación a otros valores de tipo fundamental). La pregunta clave es entonces: ¿cuánto tiempo tiene que pasar para que un grupo de personas pueda ser considerado como “familia *de facto*”?

4. No obstante, la Gran Sala considera finalmente en el año 2017, que no existe por parte del Estado italiano, al menos, en este caso concreto, violación del artículo 8 del CEDH puesto que valora que no llegó a existir ningún vínculo familiar entre los padres comitentes y el menor, siendo este el aspecto más destacado del caso comentado<sup>8</sup>. Lo que nos hace volver a reflexionar con el mismo, unido a la jurisprudencia anterior, que debe existir un análisis del caso por el caso en estos supuestos y no aplicar soluciones de tipo general (*one size fits all*) como se concluirá en el presente análisis<sup>9</sup>.

5. También, para poder apreciar, hasta que punto el Estado de destino debe injerir o no en este “vínculo familiar”, con la intención de tutelar el interés superior del menor, añadiéndose en cómo debe hacer dicha intervención en la vida privada y familiar cuando ya está previamente formada<sup>10</sup>. Esto es, cuando retira la tutela a los padres comitentes en base al respeto debido al interés superior del menor. Sobre este particular, habrá que recordar que no es la primera vez que el TEDH se pronuncia a favor del respeto de los derechos fundamentales subjetivos por encima de la actuación e injerencia que los Estados realizan mediante el mecanismo del orden público, como ya ponían de relieve, CALVO CARRASCOSA Y CARRASCOSA GONZÁLEZ<sup>11</sup>.

<sup>6</sup> Vid. por todos, 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 Derecho Humanos”, *CDT*, 2015, Vol. 7, Nº2, pp. 45-113; P. OREJUDO PRIETO DE LOS MOZOS, “Regognition in Spain of Parentage Created by Surrogate Motherhood”, *Yearbook of Private International Law*, Vol. XII, 2010, pp. 619-637, esp. p. 635.

<sup>7</sup> I. BANTEKAS, “Children with disabilities”, I. BANTEKAS, M. ASHLEY STEIN Y D. ANASTASIOU, *The Convention on the Rights of Persons with Disabilities: A Commentary*, 1ª ed., Oxford University Press, 2018, pp. 198-229, esp. pp. 220-221; L. POLI, “La grande Camera e l’ultima parola sul caso Paradiso e Campanelli”, *SIDIBlog (Il Blog della Società italiana di Diritto Internazionale e di Diritto dell’Unione Europea)*, Febrero 2017, disponible en: <http://www.sidiblog.org/2017/02/21/la-grande-camera-e-lultima-parola-sul-caso-paradiso-e-campanelli/>: “**L’elemento centrale del ragionamento compiuto allora dalla maggioranza dei giudice era rappresentato dall’estensione del concetto di vita familiare alla situazione intercorrente tra i coniugi Campanelli ed il bambino, pur in asseza di consaguineità e formalizzazione giuridica del rapporto (par. 69). (...)**” (el resaltado es de la autora); M. GERVASI, “The European Court of Human Rights Shaping Family Life in Cross Border Surrogacy: *The Paradiso et Campanelli case*”, en E. CARPANELLI Y N. LAZZERINI (EDS.), *Use and Misuse of New Technologies: Contemporary Challenges in International and European Law*, Springer, 2019, pp. 151-166, esp. p. 155.

<sup>8</sup> G. PUPPINK, “Surrogacy: general interest can prevail upon the desire to become parents- about the *Paradiso and Campanelli v. Italy* Grand Chamber judgment of 24th January 2017”, *Revue Lamy de Droit Civil*, nº146, 2017, pp. 1-8.

<sup>9</sup> E. FARNÓS AMORÓS, “*Paradiso y Campanelli c. Italia (II)*: los casos difíciles crean mal derecho”, *Rev Bio y Der*, nº 40, 2017, pp. 231-242.

<sup>10</sup> Esto es, que medidas de protección que adopta para tutelar de un lado, el interés superior del menor y sus derechos fundamentales como el derecho a la vida privada y familiar reconocidos en textos de corte convencional y por ende, supranacionales. De otro lado, la tutela del orden público internacional en cuanto al reconocimiento que cabe o no de la filiación creada por maternidad surrogada en otro Estado donde esté permitida dicha técnica, cuando su ordenamiento jurídico lo prohíba y sean sus nacionales quien decidan acudir a estos Estados para obtener dicha filiación sobre estos menores.

<sup>11</sup> A-L. CALVO CARAVACA Y J. CARRASCOSA GONZÁLEZ, “Gestación por sustitución y Derecho internacional privado. Más allá del

## II. Referencias sobre el supuesto de hecho

6. *Hechos del caso.* Los señores Giovanni Campanelli y Donatina Paradiso, matrimonio italiano y residentes en Italia, decidió como muchas otras parejas, acudir a la técnica de la gestación por sustitución en Rusia en el año 2010, para tener un hijo, tras varios intentos infructuosos desde el año 2006 de tener hijos mediante la técnica *in vitro* e incluso, de haber esperado, un proceso de adopción en Italia. De hecho, debe ponerse de relieve que se les consideró aptos para adoptar (*has been assessed fit to adopt*), aunque no pudieron realizar ninguna adopción en Italia<sup>12</sup>.

Estando ya en Rusia, contactaron con una clínica especializada en la técnica de gestación por sustitución, consiguiendo mediante la misma, una donante del vientre materno a la que pagan entre 47.000-50.000 euros. Esta madre gestante, además consta que renuncia a todo derecho de filiación sobre el menor el mismo día de su nacimiento de forma escrita en un documento privado (27 de febrero 2011)<sup>13</sup>.

7. El problema o si se prefiere, cómo empezó el *iter* de este caso llegando finalmente al TEDH, devino cuando el progenitor comitente paterno intentó inscribir al menor en el Registro Civil italiano como su hijo en agosto del 2011, cuando ya se habían trasladado a Italia con el mismo, cuando éste tenía seis meses de edad. Cuando el señor Campanelli fue a registrar al menor en el registro correspondiente, el Encargado del Registro italiano, no sólo denegó dicha inscripción sino que acusó de fraude de ley, entre otros ilícitos<sup>14</sup>, a los señores Campanelli y Paradiso, dado que en el documento ruso que constituía la filiación entre los comitentes y el menor, no se había hecho constar que dicha filiación había sido realizada por la técnica de la gestación por sustitución. Al intentar justificar que el menor era su hijo tras las desaveniencias ocurridas en el Registro, se someten a un test de ADN, pero el mismo test mostró que no existía material genético de ninguno de ambos progenitores para sorpresa también del matrimonio que pensó que al menos, el menor tenía carga genética del progenitor paterno (el señor Campanelli)<sup>15</sup>.

8. *Inicio del procedimiento ante los tribunales italianos.* En noviembre del año 2011, el Tribunal de Menores de *Campobasso* (Italia) decide retirar de inmediato la custodia del menor al matrimonio y poner al menor en manos de los Servicios Sociales al mismo en una *Casa Famiglia*, sin contacto ninguno con el matrimonio Campanelli-Paradiso. El menor quedó sin ninguna identidad formal hasta el año 2013, en contra de lo establecido en el artículo 7 apartado 1º de la Convención de los Derechos del Niño<sup>16</sup>, algo que las autoridades italianas consideraron responsables a los señores Campanelli-Paradiso por haber cometido fraude de ley. No obstante, pocos meses después de la retirada del menor a los comitentes, fue dado en acogida y posteriormente en adopción, a una nueva familia, con la que permanece desde su entrega. Entendiendo entonces que los nuevos vínculos familiares constituidos y la nueva identidad otorgada al menor se habían consolidado de forma duradera con la nueva familia, que el tiempo que había pasado bajo el cuidado y tutela de los señores *Campanelli-Paradiso*.

---

Tribunal Supremo y del Tribunal Europeo de Derechos Humanos”, *CDT*, 2015, Vol. 7, Nº2, pp. 45-11

<sup>12</sup> Este aspecto se tuvo en cuenta por el TEDH en su primera resolución del caso para valorar que la medida que adoptó el gobierno italiano de dar en adopción al menor, pero no permitir a los comitentes adoptarlo porque iba en contra del orden público internacional, en cuanto se les había acusado de fraude de ley; en Italia se ha tipificado como delito con seis meses de cárcel y multas pecuniarias, C. CAMPIGLIO, “Lo stato di figlio nato da contratto internazionale di maternità”, *Rivista di Diritto internazionale privato e processuale*, 2009, pp. 589-604.

<sup>13</sup> FH 14 STEDH; P. BEAUMONT Y K. TRIMMINGS, “The European Court of Human Rights in Paradiso and Campanelli v. Italy and the way forward for regulating cross-border surrogacy”, *CPIL Working Paper*, no. 3, 2017, pp. 1-21.

<sup>14</sup> M. W. WINKLER, “Senza identità: il caso Paradiso e Campanelli c. Italia”, *GenIUS Rivista di Studi Giuridici sull’orientamento sessuale e l’identità di genere*, Vol. 1, 2015, pp. 243-258.

<sup>15</sup> *Vid. infra*, EPIGRAFE IV, APARTADO 1; FH Nº14 STEDH as. Campanelli y Paradiso (2017); J. MONTERONI, “Un contrato internacional de maternidad subrogada. La decisión de la Gran Sala del Tribunal Europeo de Derechos Humanos en “Paradiso y Campanelli”, *Prudentia Iuris*, nº83, 2017, pp. 347-352.

<sup>16</sup> El artículo 7 de la Convención de los Derechos del Niño reza así: “1. El niño será inscrito inmediatamente después de su nacimiento después y tendrá derecho desde que nace a un nombre, a adquirir una nacionalidad y, en la medida de lo posible, a conocer a sus padres y ser cuidado por ellos. 2. Los Estados Partes velarán por la aplicación de estos derechos de conformidad con su legislación nacional y las obligaciones que hayan contraído en virtud de estos instrumentos internacionales pertinentes en esta esfera, sobre todo cuando el niño resultara de otro modo apátrida”.

**9. La apelación.** Los señores Campanelli y Paradiso apelaron tras el primer procedimiento, al Tribunal de apelación de *Campobasso* en el año 2012, pero el fallo siguió siendo el mismo de parte de estas instancias superiores. Ya desde los inicios, las autoridades italianas observaron este supuesto de hecho, más que un caso de gestación por sustitución un supuesto de adopción internacional, algo destacable por las manifestaciones de ambos tribunales<sup>17</sup>. En el año 2013, el Tribunal de menores de la misma localidad declaró que el matrimonio *Campanelli-Paradiso*, no tenía capacidad para adoptar a dicho menor puesto que nunca habían sido padres del mismo y tampoco se habían constituido como una familia (en contra de lo declarado en el año 2006 y que el TEDH observó<sup>18</sup>).

**10. Inicio del procedimiento ante el TEDH.** Es, a la luz de estas resoluciones italianas en contra de los pedimentos del matrimonio, más la reiterada negativa de las autoridades italianas de considerar su posición como padres comitentes, ni siquiera de poder optar por la posibilidad de llegar a ser adoptantes del menor que habían traído de Rusia, cuando el matrimonio decide interponer ante el TEDH un recurso en el que basa su defensa, que el gobierno italiano había y estaba violando los derechos fundamentales de los artículos 6, 8 y 14 del CEDH con su actuación.

**11.** En relación a estas peticiones realizadas por el matrimonio *Campanelli-Paradiso*, dos de las mismas no fueron admitidas a trámite por el TEDH, en el año 2015 y mantenidas en el año 2017<sup>19</sup>. La revisión del rechazo de las autoridades italianas de registrar el nacimiento del menor y el intento de los mismos de las acciones de filiación sobre el menor como una violación del artículo 6, por dos razones:

- *Primera.* El matrimonio no había agotado la vía de los recursos internos en su país de origen (en este caso, que no habían planteado ante el Tribunal de casación italiano ningún recurso), siendo este aspecto necesario para poder solicitar la tutela del TEDH<sup>20</sup>.
- *Segunda.* Al no constar que tenían vínculos biológicos con el menor, ni ninguna autorización formal como representantes del menor, no tenían capacidad para representarlo (esto es lo que considera el TEDH para rechazar estas peticiones).

**12.** Sin embargo, en el año 2015, sí fue admitida a trámite la petición en relación a la violación del artículo 8 del CEDH apartado 1º, por considerar el TEDH que los comitentes y el menor si habían formado una familia *de facto* y que además, según se hace constar en los Fundamentos de Hecho y de Derecho, los comitentes habían formado un vínculo emocional con el menor mediante informe psicológico, así como eran importantes para el fondo del asunto<sup>21</sup>.

<sup>17</sup> P. BEAUMONT Y K. TRIMMINGS, “The European Court of Human Rights in Paradiso and Campanelli v. Italy and the way forward for regulating cross-border surrogacy”, *CPIL Working Paper*, no. 3, 2017, pp. 1-21; S. BASSAN, “Cross-border surrogacy transaction (CBST). Can consumers’ states choose whether or not to regulate?”, *Völkerrechtsblog*, julio 2016, disponible en: <https://voelkerrechtsblog.org/cross-border-surrogacy-transactions-cbst/>; en respuesta a BASSAN, M. COTTIER, “Understanding the impact of different concepts of surrogate mother for the regulation of international surrogacy arrangements”, *Voelkerrechtsblog*, 2016, disponible en: <https://voelkerrechtsblog.org/understanding-the-impact-of-different-concepts-of-surrogate-mother-for-the-regulation-of-international-surrogacy-arrangements/>.

<sup>18</sup> I. ANRÒ, “Surrogacy from the Luxembourg and Strasbourg perspectives: divergence, convergence and the chance for a future dialogue”, *Geneve Jean Monnet Working Papers*, 09/2016, p. 20, que pone de relieve que el TEDH no consideró que se les hizo aptos para la adopción, pero para adoptar menores a partir de cierta edad (en base a la limitación legal en la normativa italiana, para adoptar menores de un año de edad por personas que superen los 40 años de edad).

<sup>19</sup> FD 82 Y SGS., STEDH as. Campanelli y Paradiso (2017), a pesar que las partes hicieron observaciones contra las peticiones rechazadas por la Sección Segunda del TEDH. El Gobierno italiano observa que las partes no agotaron los recursos internos en lo relativo al no reconocimiento del certificado de nacimiento ruso. Los señores Campanelli y Paradiso no habían apelado al Tribunal de Casación italiano, la decisión del Tribunal de Apelación de *Campobasso* de no reconocer el certificado de nacimiento, como se informa en el texto.

<sup>20</sup> No obstante, la decisión del Tribunal de Apelación de *Campobasso*, no podía ser recurrida ante el Tribunal de Casación italiano, porque era provisional y no firme tal como se establece en el sistema procesal italiano; P. BEAUMONT Y K. TRIMMINGS, “The European Court of Human Rights...”, *loc. cit. supra*..., p. 3; I. ANRÒ, “Surrogacy from the Luxembourg and Strasbourg perspectives: divergence, convergence and the chance for a future dialogue”, *Geneve Jean Monnet Working Papers*, 09/2016, p. 19.

<sup>21</sup> FH 34 *et seq.*, as. Campanelli y Paradiso (2017).

13. A pesar que el TEDH reconoció que la retirada del menor a los comitentes se hizo de conformidad con la ley y que estos no tenían capacidad reconocida para representarlo<sup>22</sup>, si consideró que el Gobierno italiano no había tenido en cuenta ni los derechos ni el interés superior del menor sin que por ello, conllevara, según el TEDH, ninguna obligación para el gobierno italiano de devolver el menor a los comitentes, dado que había ya desarrollado vínculos familiares con la familia de acogida<sup>23</sup>. De hecho, también rechazó las observaciones del Gobierno italiano en contra de la demanda del matrimonio *Campanelli-Paradiso*.

### III. Las aportaciones del Tribunal Europeo de Derechos Humanos con el caso al debate de la maternidad subrogada: el porqué del giro de su jurisprudencia

#### 1. El Derecho al respeto a la vida privada y el derecho a la vida familiar: el Artículo 8 del CEDH

14. El TEDH, en este caso, hace de nuevo un recorrido prolijo sobre el ámbito material del artículo 8 del CEDH, que ya desdibujó en su jurisprudencia anterior relativa a supuestos de gestación por sustitución<sup>24</sup>, en coordinación con el ámbito material de otras normas de corte convencional. En concreto, del artículo 3 de la Convención de los Derechos del Niño<sup>25</sup>.

Recuerda que el CEDH no establece una protección específica a los derechos de los niños, pero sí remite de forma tácita a la Convención de los Derechos del Niño que debe complementar en lo que respecta a la tutela de sus derechos fundamentales. En especial, su derecho a la vida privada y la vida familiar cuando ya está sólidamente formada<sup>26</sup>.

15. *La Sentencia del año 2015*. En el año 2015, la Sección 2ª del TEDH, falló a favor de los padres comitentes, condenando al Gobierno italiano por haber violado el artículo 8 del CEDH y no haber

<sup>22</sup> FD 87 *et seq.* as. *Campanelli y Paradiso* (2017) pone de relieve que el interés superior del menor debe ser puesto de relieve ante la Gran Cámara, aunque estos no ostentasen de *locus standi* (capacidad de representación) según el Gobierno italiano en sus observaciones realizadas ante el TEDH: *on the grounds that the applicants did not have locus standi before the Court*.

<sup>23</sup> Parr 206, 210 y 213 as. *Campanelli y Paradiso* (2017).

<sup>24</sup> Cómo bien se conoce, todos los supuestos de gestación por sustitución que el TEDH ha analizado y ha resuelto han sido consecuencia de la denuncia de los padres comitentes en relación a una violación por parte de sus Estados del artículo 8 CEDH. Por citar algunos de los casos más importantes y renombrados así como más estrechamente relacionados: STEDH de 26 de junio 2014, as. *Labasse vs. Francia*; STEDH de 26 de junio 2014, as. *Menesson vs. Francia* (FH 81 as. *Campanelli y Paradiso* (2017)-Comparative Law Material); Opinión de los jueces GAETANO, PINTO DE ALBURQUERQUE, WOJTYCZEK Y DEDOV (p. 54 as. *Paradiso y Campanelli*, 2017): “*the application of Article 8 requires a careful definition of that provision’s scope of application*”.

<sup>25</sup> En la STS de 6 de febrero de 2015, FD 6, se establece esta relación así como en toda la STEDH del caso analizado. La Convención de los Derechos del Niño (en particular, su artículo 7.1, que establece la obligación de inscripción de los niños, así como su derecho al nombre, nacionalidad, conocimiento de sus progenitores y el cuidado que estos deben guardarle, siendo obligación de los Estados establecer estos derechos del niño en sus legislaciones a la luz de las diferentes Convenciones internacionales que hayan podido firmar) se relaciona de forma efectiva con el artículo 8 de la CEDH, que supone obligaciones de tipo positivo para los Estados parte de la misma; A-L. CALVO CARAVACA Y J. CARRASCOSA GONZÁLEZ, *Derecho Internacional Privado*, 16ª ed., Vol. II, 2016, pp. 398-402; del artículo 3 se desprende que ofrece tres criterios (CALVO CARAVACA Y CARRASCOSA GONZÁLEZ, *loc. cit.*, p. 84): 1. Criterio gestativo; 2. Criterio genético; 3. Criterio social-intencional. Siendo este criterio, el que interesaba en este supuesto dado que no existía ningún aporte genético por parte de ninguno de los comitentes); C. KALIN, “Transnational Surrogacy in the Light of the Case-law of the European Court of Human Rights”, *Journal of Siberian Federal University, Humanities & Social Sciences*, nº6, 2017, pp. 906-912, p. 909; I. ANRÓ, “Surrogacy from the Luxembourg and Strasbourg perspectives: divergence, convergence and the chance for a future dialogue”, *Geneve Jean Monnet Working Papers*, 09/2016, pp. 17-18: “*In the context of ECHR, the best interests of the child has been inserted through the case law of the ECHR in the interests that may justify a restriction to the family and private life of the individuals according to ECHR art. 8, despite the lack of reference in this article (...)*”; en relación a los criterios de filiación, C. CAMPIGLIO, “Identità culturale, diritti umani e diritto internazionale privato”, *Rivista de Diritto internazionale*, Vol. 94, nº4, 2011, pp. 1029-1064; *id.* “Norme italiane sulla procreazione assistita e parametri internazionali: il ruolo creativo dell’ giurisprudenza (Italian provisions on Assisted Procreation and International Parameters: The Creative Role of Courts)”, *Rivista de Diritto internazionale privato e processuale*, 2014, pp. 481-516; “La filiazione nel diritto internazionale...”, en *Trattato de diritto de famiglia... ob. cit.*

<sup>26</sup> A. YOUNG, “Comment, Advances in Children’s Rights over the past decade: the Interamerican Court of Human Rights and the European Court of Human Rights’ Progressive incorporation of the Convention on the Rights Children”, *Journal of the American Academy of Matrimonial Lawyers*, vol. 28, 2015, pp. 285-307, p. 300 y p. 303.

tenido en cuenta, con su actuación, el interés superior del menor. Esto es así, porque los jueces de la Sección 2ª tras análisis del caso, consideraron que los ocho meses que habían pasado los padres comitentes con el menor eran suficientes para entender que se había constituido una familia *de facto* (en relación a la actuación de la autoridad italiana en quitarles al menor e impedir el desarrollo de una “vida familiar”<sup>27</sup>).

Un vínculo que consideraron, en esta primera resolución, que debía haberse respetado puesto que no había existido para el menor ningún riesgo grave y no se le había puesto en peligro por los progenitores comitentes.

**16. El fallo del año 2017.** Ahora bien, en el año 2017, la Gran Sala de dicho tribunal, ha dado fin a esta controversia considerando lo contrario, siendo mayoría los jueces que han votado en contra de lo que estableció la Sección 2ª<sup>28</sup>. Esto es, que no ha existido violación del artículo 8 CEDH alejándose de la jurisprudencia anterior en supuestos no sólo de gestación por sustitución, pero, ¿por qué?<sup>29</sup>

La mayor parte de los jueces de la Gran Sala considera en 2017 que no existía violación del artículo 8 porque el vínculo familiar no se había formado previamente como condición *sine qua non* para invocar la tutela del apartado 2º del artículo 8. El vínculo que se había formado era débil (sólo 5 jueces se mantuvieron disidentes sobre este particular de los 17 de la Gran Sala) y había sido considerado ilegal por las autoridades italianas que no le otorgaron como consecuencia, dicho reconocimiento ni validez necesarios para que produjese los mismos efectos en su territorio.

<sup>27</sup> Sección 2ª del TEDH: “reiterated that the removal of a child from the family setting was an extreme measure, which could be justified only in the event of immediate danger to the child”; no obstante, el procedimiento que duró dos años (antes de obtener esta primera sentencia), no condenaba al Estado italiano a devolver al menor a los comitentes, porque ya había sido entregado en adopción a otra familia, y posiblemente en dos años ya había formado vínculos familiares con esta nueva familia. Lo que pretendía el TEDH era generar estos derechos para futuras familias en casos similares, A. YOUNG, *loc.cit. supra*, p. 303.

<sup>28</sup> Noticias que se han hecho eco de estos pronunciamientos y de la contradicción entre los mismos, antes del pronunciamiento del 2017, de la Gran Sala: *Diritto Penale Contemporaneo*, “La Corte Condanna l’Italia in un caso di Maternità Surrogata all’estero”, 3/02/2015, disponible en: <https://www.penalecontemporaneo.it/d/3646-la-corte-edu-condanna-l-italia-in-un-caso-di-maternita-surrogata-all-estero>; G. PUPPINCK, “La CEDH valide la vente d’enfant”, *La Village de la Justice*, 4/02/2015; A. VIVIANI, “Il caso Paradiso e Campanelli ovvero la Corte Europea contro i “pregiudizi” del Giudici Nazionali”, *SIDIBlog*, 3/02/2015, disponible en: <http://www.sidiblog.org/2015/02/03/il-caso-paradiso-e-campanelli-ovvero-la-corte-europea-contro-i-pregiudizi-dei-giudici-nazionali/>; S. FLORESCU, “What About the Children? Critical perspectives in the light of a new European judgment on surrogacy”, 28/04/2015, disponible en: <https://leidenlawblog.nl/articles/what-about-the-children>; R. VAUGHN, “ECHR Condemns Italy for Removing Child Born Via Surrogacy Abroad”, *International Fertility Law Group*, 25/02/2015, disponible en: <https://www.iflg.net/echr-condemns-italy-for-removing-child-born-via-surrogacy-abroad/>; después del pronunciamiento de la Gran Sala de 2017: *IDIBE. Noticias Legales*, “El TEDH pone fin al conocido caso Paradiso vs. Italia, considerando que la decisión italiana de poner a cargo de los servicios sociales para dar en adopción a un niño nacido en Rusia mediante vientre de alquiler no vulnera el art. 8 de la Convención Europea de Derechos Humanos”, 7/02/2017; R. ENGLISH, “Strasbourg grapples with international surrogacy and the concept of “family””, *UK Human Rights Blog*, 21/05/2017, disponible en: <https://ukhumanrightsblog.com/2017/05/21/strasbourg-grapples-with-international-surrogacy-and-the-concept-of-family/>; D. ROMERO RIVERO, “La Corte Europea de Derechos Humanos y su nueva lectura de la gestación subrogada”, *Nexos*, 21/02/2017, disponible en: <https://eljuegodelacorte.nexos.com.mx/?p=6382>; E.A. HEALTH, “European Court of Human Rights Rules Removal of Child Born via Surrogacy from Intended Parents Not a Rights Violation”, *ASIL*, 10/02/2017, disponible en: <https://www.asil.org/blogs/european-court-human-rights-rules-removal-child-born-surrogacy-intended-parents-not-rights>; *Global Health and Human Rights Database*, “Paradiso and Campanelli v. Italy (ECHR 034 2017)”, disponible en: <https://www.global-healthrights.org/health-topics/health-care-and-health-services/paradiso-and-campanelli-v-italy/>; de forma sucinta, G. NOTO LA DIEGA, “Same-sex adoptions in private international law: Good news from Italy”, *Inherently Human*, 10/12/2017, disponible en: <https://inherentlyhuman.wordpress.com/author/inherentlyhuman/page/1/>.

<sup>29</sup> Algunos autores opinan, aunque con cautela, que se debió a no recomendar la gestación por sustitución como un recurso para tener hijos, esto es, por las cuestiones de corte ético, g. puppinck, “Surrogacy: general interest can prevail upon the desire...”, *loc.cit.*, p. 8: “In this case, the Choice of the Court was radically different, probably because the majority is no longer convinced that surrogacy would be advisable, even in the name of moral and economic liberalism”; D.DE CARLUCCI, A. HERRERA, M. LAMM Y E. DE LA TORRE, “La gestación por sustitución en el Tribunal Europeo de Derechos Humanos. A propósito del caso “Paradiso y Campanelli c. Italia””, *Diario La Ley*, 2017; E. LAMM Y N. RUBAJA, “BIOÉTICA EN LOS TRIBUNALES. Parámetros jurisprudenciales en los casos de gestación por sustitución internacional. Los lineamientos del Tribunal Europeo de Derechos Humanos y sus repercusiones en el Derecho global”, *Rev. Bio y Der.*, vol. 37, 2016, pp. 149-170; CEDH, “L’éloignement par les autorités d’un enfant né de GPA sans lien biologique avec les parents d’intention n’a pas été contraire à la Convention européenne des droits de l’homme”, 034 (2017).



17. Por lo tanto, al no encontrar indicio de vida familiar válidamente constituida no tenía porque otorgarse dicha protección en contra de la actuación del gobierno italiano<sup>30</sup>. Esto es, que el gobierno italiano, en este caso concreto, tenía derecho a retirar la custodia del menor al matrimonio, añadiéndose además que no existía vínculo genético de ningún comitente en el menor. La actuación de las autoridades italianas se basaba en proteger su derecho a la identidad (art. 7 CDN), que los padres comitentes habían puesto en peligro con sus actuaciones fraudulentas.

Para el TEDH el mero hecho que los comitentes estuvieran desde el inicio en Rusia, no era una razón de peso para entender que se había formado dicho vínculo familiar por las cuestiones relativas al fraude de ley cometido por el matrimonio.

18. Por otra parte, el derecho a la vida privada en cuanto a que la injerencia de los Estados en la vida privada y familiar entre un grupo de personas, debe estar siempre justificada por razones que se sitúan por encima de los intereses privados o de los particulares. En estos casos, dice el TEDH que existen dos. Los de los menores, y los de los padres comitentes<sup>31</sup>. Y, siempre tendrán preferencia por la aplicación debida del principio del interés superior del menor, los intereses de los menores.

## 2. Determinación de la duración del “vínculo familiar” y el concepto de familia *de facto* en el Derecho europeo

### A) Qué debe entenderse como una familia *de facto* según el artículo 8 del CEDH

19. Al hilo de lo establecido en el anterior apartado<sup>32</sup>, es aquí donde se encuentra la *vexata quaestio* del caso, en lo que a la aparente contradicción de las dos resoluciones del TEDH sobre que debe entenderse como “vínculo familiar” tanto en el Estado de origen como en el Estado de destino donde, en principio, la gestación por sustitución no se permite o no se regula. De hecho, es el vínculo familiar *de facto* el que valora el TEDH en estos supuestos así como de vínculos constantes y cercanos entre dicho grupo de personas, aunque en este supuesto lo hace con cautela<sup>33</sup>.

20. El artículo 8 del CEDH, -explica el TEDH-, no viene a tutelar el “derecho/deseo a ser padres”<sup>34</sup>, sino el derecho que cuando una familia se ha constituido de forma válida sea respetada por los Estados, incluyendo con ello la vida privada que se establece con el desarrollo del vínculo familiar. Siendo este aspecto enfocado en estos supuestos de gestación por sustitución especialmente, a tutelar los

<sup>30</sup> Por ejemplo, D. ROMERO RIVERO, “La Corte Europea de Derechos Humanos y su nueva lectura de la gestación subrogada...”, *cit. supra*: “Si es suficiente para crear, ilegalmente, un vínculo con el niño en el extranjero para que las autoridades nacionales se encuentren obligadas a reconocer la existencia de “vida familiar”, entonces está claro que la libertad de los Estados de no dar efectos jurídicos a la gestación por sustitución, no obstante que ha sido reconocida por la Corte en sus precedentes (*vid. Menesson v. France (...)*, y *Labasse vs. France (...)*, es reducida a la nada”.

<sup>31</sup> Parr 205 as. *Campanelli y Paradiso* (2017).

<sup>32</sup> Véase por ejemplo su jurisprudencia anterior desde el caso *Menesson* que la Corte sí considera que existió vínculo familiar suficiente para que el Estado no pudiese sustraer al menor de sus padres comitentes, porque ello iría en contra del “interés superior del niño”; un comentario del affaire *Menesson* desde el prisma español, J. FLORES RODRÍGUEZ, “Vientres de alquiler: más cerca de su reconocimiento legal en Europa. Comentario a la STEDH de 26 de junio de 2014, recurso nº 65192/11”, *Diario La Ley*, Sección Tribuna, 2014. También como en Italia y España, en Francia recaer la prohibición de orden público sobre este tipo de obtener la filiación pero en el mismo Código civil francés en su artículo 16-9).

<sup>33</sup> Opinión de los jueces GAETANO, PINTO DE ALBURQUERQUE, WOJTYCZEK Y DEDOV, p. 52: “2. *According to the judgment, the existence or non-existence of family life is essentially a question of fact, depending upon the existence of close and constant personal ties*” (remitiendo al párrafo 140 de la Sentencia); Pero no tiene en cuenta, -según ANRÒ-, si puede existir tráfico de menores o el padre comitente haya sido juzgado en su país de origen por haber cometido ciertos ilícitos contra menores o que no existiese ningún vínculo genético, cuestión que también puede afectar al derecho de los niños a conocer su identidad según la Convención de los Derechos del Niño, I. ANRÒ, “Surrogacy from the Luxembourg and Strasbourg perspectives: divergence, convergence and the chance for a future dialogue”, *Geneve Jean Monnet Working Papers*, 09/2016, p.33.

<sup>34</sup> La Gran Sala aclara con precisión este aspecto: “Las disposiciones del artículo 8 no garantizan ni el derecho a fundar una familia ni el derecho a adoptar (...) El derecho al respeto de la vida familiar no protege el simple deseo de fundar una familiar: este presupone la existencia de una familia (...), o por lo menos la relación potencial que se pudiera desarrollar, por ejemplo, entre un padre natural y un hijo nacido fuera de matrimonio (...)”; parr. 140 *et seq* as. *Campanelli y Paradiso* (2017).

derechos del menor en un Estado de destino, donde acabará desarrollando este vínculo familiar con sus padres comitentes y donde puede no llegar a ser reconocido como hijo de los comitentes.

21. Los Estados que prohíben la técnica, lo que en realidad prohíben es la renuncia de la filiación por parte de la madre gestante, como se conoce. Entonces, si la madre gestante ha renunciado a su derecho mediante contrato de forma legal en el Estado de origen, el riesgo se encuentra en que puede dejarse al menor en riesgo de no tener una identidad formal en contra de la Convención de los Derechos del Niño, por no reconocer tampoco la filiación de la madre comitente. Al menos, hasta que no se de validez y efectos a dicha resolución en el Estado de destino, la situación en la que pueden quedar los menores es una situación contraria a lo establecido en los textos convencionales.

22. Este aspecto es fundamental para que pueda entenderse que, entre las partes, -padres comitentes y menor nacido de esta técnica-, formaban una verdadera familia en el Estado donde se constituyó la filiación (aunque sean nacionales de otro Estado).

23. De esta forma, también lo ponen de relieve los informes y el estudio que la “Conferencia de la Haya” ha venido realizando desde el año 2012 sobre la gestación por sustitución, especialmente los últimos, realizados en el año 2014<sup>35</sup> y el año 2015. Esto es, no se puede discriminar a un grupo de personas que se han constituido como familia atendiendo a la formación del vínculo (matrimonio, adopción o por técnicas de fecundación *in vitro* y gestación por sustitución) puesto que esto iría en contra del artículo 14 del CEDH, siendo una discriminación<sup>36</sup>. Como se entiende también que es discriminatorio en contra del artículo 14 del mismo instrumento jurídico (prohibición de discriminación), entender que el artículo 8 del CEDH, tutela sólo la vida familiar que se ha constituido por vía del matrimonio celebrado de forma tradicional<sup>37</sup>.

## **B) Qué no se entiende como una familia *de facto* según la jurisprudencia del artículo 8 del CEDH. Relación con el derecho a la vida privada**

24. Para el TEDH la duración del vínculo, como cuestión es muy importante para valorar si existió o no, vínculo familiar. De ahí que finalmente se pueda determinar en qué casos hay violación del artículo 8, y en qué supuestos no existe dicha violación y la actuación del Estado es correcta. No obstante, se muestra reticente a considerar que tiene que haber un tiempo predeterminado por la ley<sup>38</sup>. Sobre esta cuestión en particular, se plantea también de forma sucinta, hasta que punto el Estado debe injerir en la vida privada y familiar, algo que pertenece a la esfera más íntima de los sujetos.

25. Además, la valoración del vínculo familiar no debe hacerse de conformidad al vínculo emocional sino a la duración y la calidad del mismo. La calidad se sopesa, dice el TEDH, en relación al cuidado debido que los padres o tutores legales han dado al menor. No puede valorarse únicamente en rela-

<sup>35</sup> HCCH, “The Parentage/Surrogacy Project: an Updating Note (Le Project Filiation/Maternité de Substitution: Note de mise à jour)”, Prel. Doc. No 3A (Doc. Prél. Doc. No 3A), Febrero 2015, pp. 1-17, disponible en: <https://assets.;;.net/docs/82d31f31-294f-47fe-9166-4d9315031737.pdf> ; S. BASSAN, “Cross-border surrogacy transaction (CBST). Can consumers’ states choose whether or not to regulate?”, *Völkerrechtsblog*, julio 2016, disponible en: <https://voelkerrechtsblog.org/cross-border-surrogacy-transactions-cbst/> ; los últimos proyectos de la Conferencia de la Haya en maternidad subrogada están disponibles en su página web y son relativamente muy recientes, de marzo de 2019: <https://www.hcch.net/es/projects/legislative-projects/parentage-surrogacy/surrogacy-2011-2015> .

<sup>36</sup> A. YOUNG, “Comment, Advances in Children’s Rights over the past decade: the Interamerican Court of Human Rights and...”, *loc.cit.*, p. 304, al hilo del caso *Pla and Purcernau vs. Andorra*, en donde se discriminó en la herencia a un menor que no había nacido en un matrimonio válidamente celebrado bajo la forma canónica y otros casos más recientes relativos a la discriminación que habían estado sufriendo los hijos no nacidos en matrimonio (hijos extramatrimoniales), como el caso *Fabris v. France* en el año 2013.

<sup>37</sup> A.L. CALVO CARAVACA Y J. CARRASCOSA GONZÁLEZ, “Gestación por sustitución y Derecho internacional privado. Más allá del Tribunal Supremo y del Tribunal...”, *loc.cit.*, p. 101 y siguiendo lo establecido en la primera resolución del caso en el año 2015.

<sup>38</sup> Parr. 153 as. *Campanelli y Paradiso* (2017): “It would admittedly appropriate to define a minimal duration of shared life which would be necessary to constitute *de facto* family, given that the assessment of any situation must take account of the “quality”.”

ción al vínculo emocional propiamente dicho que se crea entre un grupo de personas que conviven con el paso del tiempo, por no ser tutelado en el artículo 8 del CEDH el “deseo” o “intención de ser padre”<sup>39</sup>.

26. Entonces, en este orden de ideas, lo que queda claro del pronunciamiento es que sólo en caso de existir peligro para el menor, un peligro grave real, es cuando esta injerencia estatal debe producirse para tutelar sus derechos de tipo fundamental (*no more, no less*). Derechos, que en principio corresponde velar a los progenitores o tutores, y que si no se hace así, entonces será el Estado el que debe tutelarlos, pero en casos de urgencia y necesidad siempre, según el apartado 2º del artículo 8 del CEDH<sup>40</sup>.

27. En el caso *Campanelli y Paradiso* el hecho que tampoco existiese carga genética en el menor, como se presupone que debe existir en los casos de gestación por sustitución a la luz de las legislaciones de los Estados que sí la regulan y permiten para poder considerar que se ha creado un vínculo de filiación y con ello una “familia *de facto*”, no fue sólo lo que se valoró para entender que el gobierno italiano había actuado e injerido en su vida privada y familiar de forma correcta. Tampoco el artículo 8 tutela familias de tipo tradicional. Tutela cualquier tipo de familia que tenga o no vínculos genéticos<sup>41</sup>.

En realidad, lo determinante para valorar que la separación entre este grupo de personas (padres comitentes y menor), no se constituía una medida del gobierno italiano desproporcionada para el interés superior del menor, fue la actuación del matrimonio *Campanelli-Paradiso*<sup>42</sup>.

Pero no así, en relación a su derecho fundamental de tener una vida privada. Se desprende de la sentencia del 2017, en cuanto explica que el menor, en este asunto, no se consideró como parte en el proceso (demandante) representado por sus padres comitentes, porque no fue reconocido como hijo legítimo, por lo que sólo se pudo tutelar en este caso, el derecho a tener una vida privada de los comitentes en su interacción con el menor. Diferenciando entonces dos derechos fundamentales diferentes pero relacionados en el mismo artículo en el mismo nivel de protección<sup>43</sup>.

#### IV. Incidencia del pronunciamiento en el Derecho doméstico de los Estados parte del Convenio Europeo de Derechos Humanos

##### 1. El correctivo del orden público internacional (de protección) en el Estado de destino: la opinión del Tribunal Europeo de Derechos Humanos en el caso

28. Se llega en este epígrafe a ciertas de las cuestiones más polémicas en materia de gestación por sustitución que tienen relación con el DIPr. Como ya se puso de relieve, se centran en el ámbito del reconocimiento y validez de resoluciones extranjeras. Teniendo en cuenta que la determinación del orden público internacional como concepto jurídico indeterminado y abstracto, es una operación complicada y debe ser precisada siempre a la luz del caso por caso<sup>44</sup>.

<sup>39</sup> M. GERVASI, “The European Court of Human Rights Shaping Family Life in Cross Border Surrogacy...”, en E. CARPANELLI Y N. LAZZERINI (EDS.), *Use and ...*, *op.cit.*, esp. p. 155: “(...) *in spite of the strenghts of the emotional bonds*”.

<sup>40</sup> FH 63 STEHD as. *Campanelli y Paradiso* (2017).

<sup>41</sup> Parr 149 as. *Campanelli y Paradiso* (2017).

<sup>42</sup> *Ibid* (GERVASI) p. 157; párrafo 204. “*In sum, for the domestic courts the primary concern was to put an end to an illegal situation. Having regard to the considerations set out above, the Court accepts that the laws which had been contravened by the applicants and the measures which were taken in response to their conduct served to protect very weightly public interests*”; y, párrafo 215 (opinión final de la Gran Sala) en el as. *Campanelli-Paradiso* (2017).

<sup>43</sup> Parr 208: “*Before entering into the question of whether the Italian authorities duly weighed the different interests involved, the Court reiterates that the child is not an applicants’ family within the meaning of Article 8 of the Convention.*”

<sup>44</sup> J. LAFFRANQUE, “A Look at the European Court of Human Rights Case Law on Moral Issues and Academic Freedom”, *Juridica International*, nº26, 2017, pp. 34-46, p. 36: “*This is why the third aspect of ethics in the Court is very vital: the ethics of decision making within the European Court of Human Rights – the issues of conviction and emotions on one hand and responsibility and rationality on the other, finding the right balance between generalisation and deciding an individual case*”; también puesto de relieve por la Resolución de la DGRN, 21 de febrero, *cit.*: “(...) todo ello hace necesario un tratamiento que permita valorar todas las circunstancias que se presenten en cada supuesto, con una prueba válida y suficiente de los hechos, datos y declaraciones de voluntad que concurren en el mismo (...)”; V. LORUBBIO, “L’interesse superiore del minore come *overruling* “oculto”? *A propo-*

**29.** Interesa destacar también que el orden público internacional se ha modernizado. Ya no es un orden público internacional de *dirección* (y con cierta orientación material que fomenta el nacionalismo jurídico o *legeforismo*) sino de *protección* (que protege y tutela valores que no sólo se consideran estatales, sino supranacionales como el “interés superior del menor”).

**30.** En este supuesto, el problema de la resolución en la que se hacía constar en Rusia, y bajo el Derecho ruso que los padres comitentes era el matrimonio *Campanelli-Paradiso*<sup>45</sup>, era que se había omitido que dicha filiación se había realizado mediante un contrato de gestación subrogada donde la madre biológica renunciaba a sus derechos de filiación sobre el menor. No obstante, según el Derecho ruso, la filiación estaba constituida de forma correcta. Por ello, no había dudas que los padres comitentes se habían constituido como tales, de forma legal<sup>46</sup>.

**31.** Entendiendo entonces el Encargado del Registro Civil en Italia que se había hecho en fraude de ley. En este sentido, cabe recordar el análisis que ya previamente realizaron CALVO CARAVACA y CARRASCOSA GONZÁLEZ en cuanto<sup>47</sup>, a que lo que hacen las Autoridades de los Registros no es enfrentarse a problemas de Derecho civil, sino de Derecho internacional privado, y en estos casos, modulado por el artículo 3 de la Convención de los Derechos del Niño. Añadiendo que, el interés superior del menor ya “viaja” en el contenido de la resolución extranjera, y que no puede ser anulado con argumentos relativos a la prevención del *bad Forum Shopping* o uso fraudulento por parte de los progenitores<sup>48</sup>, en cuanto no tiene relación con la filiación de los menores y con el orden público internacional en estos casos, que es el interés superior del menor, teniendo primacía sobre estos argumentos<sup>49</sup>.

**32.** Con ello, lo que se viene a decir es que, si los padres comitentes consiguieron la resolución y con esto, la filiación en Rusia, de forma legal, cumpliendo con los requisitos de dicho ordenamiento jurídico, el Encargado del Registro Civil, no debe centrarse en los aspectos sustantivos, sino formales o de reconocimiento en el caso que nos ocupa, evitando “judicializar la función registral”, puesto que de lo que se trata es de valorar los efectos constitutivos de dicha certificación con el orden público del Estado de destino, porque ya se aplicó un Derecho al fondo del asunto para constituir dicha filiación.

---

*sito della Sentenza della Grande Camera (Corte E.D.U.). Paradiso e Campanelli c. Italia”, Diritti Comparati Working Papers, 2017; D. GARCÍA SAN JOSÉ, “Epigenética y gestación por sustitución: más razones a favor de una regulación internacional para un negocio global”, Anuario Mexicano de Derecho Internacional, vol. XII, 2017, pp. 329-368, que se centra en que el Convenio *ad hoc* de derechos en gestación subrogada debe proteger el justo equilibrio y tener en cuenta las cuestiones de tipo epigenético; J. FLORES RODRÍGUEZ, “Vientres de alquiler: más cerca de su reconocimiento legal en Europa. Comentario a la STEDH de 26 de junio de 2014, recurso nº 65192/11”, Diario La Ley, Sección Tribuna, 2014; I. ANRÒ, “Surrogacy from the Luxembourg and Strasbourg perspectives: divergence, convergence and the chance for a future dialogue”, Geneve Jean Monnet Working Papers, 09/2016, pp. 29-33; L. POLI, “Maternità surrogata e diritti umani: una pratica controversa che necessita di una regolamentazione internazionale”, Biolaw journal-Rivista de Bio Diritto, nº3, 2015, pp. 7-28.*

<sup>45</sup> Vid. FH nº 8 (*Facts*) STEDH as. Campanelli y Paradiso (2015).

<sup>46</sup> FH 73 STEDH as. Campanelli y Paradiso 2017; El Código civil ruso establece que los padres comitentes aparecerán como los padres del menor nacido de la gestación por sustitución, cuando la madre haya dado su consentimiento por escrito. No obstante, en el año 2011 nada establecía que los padres debían haber aportado material genético. Este aspecto cambia en el año 2012 en la Ley de Protección de la Salud de los ciudadanos en Rusia que introduce la disposición que la gestación por sustitución es aquella en la que una mujer gestante dona su vientre mediante contrato para hacer nacer el hijo de un matrimonio que ha ofrecido su material genético (traducción propia).

<sup>47</sup> Aún en relación a lo establecido en el ordenamiento jurídico español, puede ser extrapolable a lo sucedido en Italia, por ser este ordenamiento y el caso muy similar, 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...”, *loc.cit.*, pp. 63-66, esp. p. 65: “La instrucción aborda problemas de Derecho internacional privado, no de Derecho civil (...). No potencia ni permite el fraude a la ley española, sino que trata de dar solución a casos en los que la filiación de los nacidos en el extranjero tras una gestación por sustitución ha sido legalmente fijada”, y p. 66, párr. 39: recordando la “tormenta del orden público internacional y español desatada”; J.-F. RODRIGUEZ, “Vientres de alquiler: más cerca de su reconocimiento legal en Europa. Comentario a la STEDH de 26 de junio de 2014, recurso nº 65192/11”, *Diario La Ley*, Sección Tribuna, Nº8363, Año XXXV

<sup>48</sup> *V.gr.*, sobre este particular, G. CUNIBERTI, “Note sous Cour d’Appel de Paris, 1er Chambre, du 25 oct. 2007”, *Clunet*, 2008, pp. 145-153.

<sup>49</sup> *Ibid.* (CALVO/CARRASCOSA, p. 86, citando a J.M.TORRES PEREA: “puede considerarse que cuando una norma imperativa colisiona frontalmente con la cláusula del interés superior del menor puede quedar neutralizada su aplicación por exigirlo dicho principio que ha de considerarse prioritario”) y p. 91.

33. Por ello, se valora que el problema que se presenta es un problema de reconocimiento de resoluciones, no de ley aplicable, dado que no se hace un análisis del Derecho aplicable al fondo del asunto y que debe ser matizado siempre para evitar entrar en un círculo sin salida, sin solucionar el verdadero problema<sup>50</sup>.

34. Atendiendo a lo anterior, se deben hacer dos reflexiones importantes, antes de aplicar el correctivo del orden público internacional sin tener en cuenta el principio del interés superior del menor, que en la primera resolución de la Sección Segunda del TEDH se puso de relieve también<sup>51</sup>.

- *Primera:* de la correcta aplicación de la técnica del reconocimiento y que presupuestos conlleva, entre ellos, la prohibición de revisión sobre el fondo del asunto.
- *Segunda:* valorar que ámbito territorial dispone la normativa del Estado de destino que prohíbe o no regula la gestación por sustitución. Esto es, si alcanzan a supuestos que sus nacionales realizan en el extranjero siendo por tanto normas que con alcance extraterritorial, o son normas con vocación territorial, como es en el caso español, el artículo 10 de la Ley de Reproducción Asistida<sup>52</sup>. Normas que sólo pueden aplicarse a supuestos que sólo se hayan realizado en el territorio español. La legislación italiana que prohíbe la constitución de filiación por medio de técnica de maternidad subrogada también es de alcance territorial limitado.

35. Entre la primera y segunda opción, la segunda opción es la que se considera correcta, puesto que ambas normas (italiana y española) se han realizado sin vocación universal, aparte que no son normas de conflicto, que determinen la ley aplicable a los contratos de la gestación por sustitución. Tampoco se cuenta todavía con normas de conflicto específicas y las relativas a la filiación natural y por adopción en estos supuestos no tienen cabida (tampoco por analogía *iusuris*), por sus diferencias, aunque ha sido una de las soluciones propuestas por algunos autores, aunque más por aquellos que consideran que el problema no es de reconocimiento y validez de resoluciones extranjeras sino de ley aplicable.

## 2. Aportaciones de la Opinión particular de los Jueces del caso

36. El TEDH pone de relieve con énfasis, que el “interés superior del menor” es un valor supranacional que los Estados parte del CEDH y de la Convención de los Derechos del Niño (de nuevo, en torno el artículo 3 apartado 1<sup>53</sup>) deben respetar siempre. Por ser estos textos convencionales, como se conoce, de preferencia de aplicación en el sistema de prelación de fuentes de los ordenamientos jurídicos de los Estados parte de los mismos<sup>54</sup>.

<sup>50</sup> No se trata, -como explican CALVO CARAVACA Y CARRASCOSA GONZÁLEZ-, en su análisis de la STS Sala de lo Civil de 6 de febrero de 2014, de entrar a determinar la filiación de nuevo, una filiación que ha sido ya determinada de conformidad con el ordenamiento jurídico del Estado de origen, sino de la validez extraterritorial de dicha determinación de la filiación que es legal en el Estado de origen. Ni siquiera, como estableció el Alto Tribunal, se aplican las normas de conflicto españolas (art. 9.4 CC) ni el Derecho sustantivo (art. 10 bis Ley 14/2006), por ello, no debería ser observado como un problema de ley aplicable; G. CUNIBERTI, “Note sous Cour d’Appel de Paris, 1er Chambre, du 25 oct. ....”, *loc.cit.*, p. 148.

<sup>51</sup> Párrafos 200 y siguientes, esp. p. 202: “(...) *the Italian legislature was seeking to protect the best interests of the child as required by Article 3 of the Convention on the Rights of the Child*”; parr 57 as. Campanelli y Paradiso (2017).

<sup>52</sup> Ley 14/2006, de 26 de mayo, sobre técnicas de reproducción asistida, *BOE*, nº126 de 27 de mayo de 2006; L. PERTUSA RODRÍGUEZ, “La dimensión consular de la gestación por sustitución en Derecho internacional privado”, *CDT*, 2018, Vol. 10, Nº2, pp. 597-614; En Italia, Ley de 19 de febrero nº40, “Norme in materia di procreazione medicalmente assistita”, *Gazzetta Ufficiale*, nº45, del 24 de febrero de 2004, disponible en: <http://www.parlamento.it/parlam/leggi/040401.htm>; C. CAMPIGLIO, “VIII. La filiazione nel Diritto internazionale Privato”, en G. COLLURA, P. ZATTI, L. LENTI Y M. MANTOVANI (EDS.), *Trattato di Diritto de Famiglia. Filiazione (vol.2)*, Giuffrè Editore, 2012, pp. 733-767, pp. 751-752.

<sup>53</sup> En el FH parr. 77, el TEDH reproduce además el Protocolo nº7 (2005) del Comité de los Derechos del niño de las Naciones Unidas en cómo debe ser implementado el art. 3 de la Convención de los Derechos del niño, por los Estados parte: “*Article 3 sets out the principle that the best interests of the child are a primary consideration in all actions concerning children (...)* The principle of best interests appears repeatedly within the Convention (including in articles 9, 18, 20 and 21) which are the most relevant to early childhood). The principle of best interests applies to all actions concerning children and requires active measures to protect their rights and promote their survival, growth, and well being, as well as measures to support and assist parents and others who have day-to-day responsibility for realizing children’s interest”; y, en el parr. 208.

<sup>54</sup> En los siguientes Fundamentos de Hecho, el TEDH hace un repaso a la legislación convencional que deben los Estados

No obstante, el equilibrio que el Estado debe tener entre el respeto del orden público internacional del Estado de destino y el interés superior del menor es fundamental<sup>55</sup>.

**37.** Según la opinión particular de los jueces, aunque nada impide que los Estados parte de la CEDH legislen como deseen la situación y tratamiento de los nacidos por la técnica de gestación por sustitución así como la determinación de la filiación (de hecho el TEDH no puede tampoco prohibir a los Estados partes, por su función), sí deben tener en cuenta antes de no dar reconocimiento ni validez a una resolución de otro Estado donde se constituyó dicha filiación y vida familiar a no respetar este derecho fundamental. Especialmente, en supuestos internacionales<sup>56</sup>.

## V. Conclusiones

**38. Primera.-Concepto de familia en el Derecho europeo:** Una de las conclusiones que se extrae del análisis de la STEDH y que ya fue puesta de relieve por la doctrina y jurisprudencia es, que estos supuestos deben ser analizados de forma separada a la luz de las circunstancias de cada uno de ellos. Valorar si existe o no un “vínculo familiar” (*familiar bonds*) para distinguir si entre los padres comitentes y el menor se había formado una familia *de facto* no puede ser entendido por igual en todos los casos.

Por ello, limitarse a aplicar las normas a todos los supuestos de forma general, el orden público internacional y el interés superior del menor como un principio abstracto y general (*one size fits all*), conlleva al fracaso y a soluciones no equitativas en aquellos Estados donde la técnica o no está permitida o no está regulada. *Campanelli y Paradiso* es un claro ejemplo de este análisis del caso por el caso, en el que no se pudo considerar la verdadera existencia de un vínculo familiar por todos los datos aportados.

A su vez, parece que el TEDH, mediante la jurisprudencia de los supuestos relativos al ámbito de la filiación determinada por vínculos no genéticos como la adopción y los de gestación por sustitución, está construyendo un concepto de “vida familiar” a la luz del artículo 8 del texto convencional, que deberá tenerse en cuenta por los Estados parte a la hora de valorar el caso por caso en estos supuestos.

**39. Segunda. Orden público internacional y fraude de ley:** De nuevo, recuerda el TEDH que el recurso al orden público internacional para negar los efectos de este tipo de filiación constituida de forma legal en el Estado de origen, no se puede invocar por los Estados de destino como resorte automático para no otorgar reconocimiento a dicha filiación, porque vulnera los derechos del artículo 8 del CEDH de los menores y comitentes, y muy en relación al interés superior del menor como principio supranacional establecido en el art. 3 CDH. La CEDH protege los derechos fundamentales especialmente en casos internacionales, por lo que los Estados parte deben respetarlo. Tampoco deberían negar la validez de estas resoluciones, como medio disuasorio a sus nacionales de poder constituir este vínculo familiar en un Estado donde sí se permite. No obstante, en supuestos excepcionales como en el fraude de ley también influye en la relación formada entre los padres comitentes y el menor y ello si es motivo para no

---

parte de la CEDH y de dichos instrumentos respetar siempre y cuando sean parte, en los supuestos de gestación por sustitución, en relación a los menores, aunque en los mismos Estados la técnica esté prohibida por ley o no tolerada pero sin una prohibición expresa, así, en el FH 75 (Sobre la Convención de la Haya sobre abolición del requisito de legalización de documento público extranjero de 1961); FH 76 y 77 (Convención de los Derechos del niño, artículo 3, 7, 9, 20 y 21); FH 78 ( Convención de la Haya sobre protección de menores y adopción internacional de 1993) FH 79 (Principios por el Comité de expertos *Ad Hoc* del Consejo de Europa sobre el progreso de la Biomedicina); STEDH as. *Campanelli y Paradiso* (2017); A.-L.CALVO CARAVACA Y J. CARRASCOSA GONZÁLEZ, “Gestación por sustitución y Derecho internacional...”, *loc.cit.*, esp.p. 66 y p. 82: “Pues bien, en el escenario del sistema jurídico español, el “interés superior del menor” constituye un “principio superior”. Ello no significa que, en el caso concreto en el que se produzca un enfrentamiento entre estos dos principios antitéticos (= principio uno: el castigo de movimientos elusorios de la Ley española como el *Forum Shopping* y la correlativa protección de la “autoridad de la Ley española”, y principio dos: el interés del menor), siempre prevalece el principio del interés del menor”; a. young, “Comment, Advances in Children’s Rights over the past decade: the Interamerican Court of Human Rights and...”, *loc.cit.*

<sup>55</sup> I. RIVERA, “Affaire Campanelli e Paradiso c. Italie: la Corte EDU torna a pronunciarsi sulla maternità surrogata e sul *best interest of child* come limite all’ordine pubblico internazionale”, *federalism.it*, nº 3, 2015, pp. 2-23

<sup>56</sup> *V.gr.*, en España, lo que se trata es decidir no es la filiación de los menores, ya constituida de forma legal en el país de origen, sino de aceptarla o rechazarla pero sobre la base de la técnica del reconocimiento de decisiones.

valorar que se constituyó ninguna filiación entre ellos (aunque queda la de la madre gestante) ni ninguna familia *de facto* para invocar la tutela del artículo 8 del CEDH.

Si las autoridades consideran que este vínculo no fue válidamente formado ni siquiera en el Estado de origen, a la luz de los datos y documentos aportados, como en el supuesto de *Campanelli y Paradiso*, entonces, el Estado de destino, tiene que entrar a valorar que debe proteger al menor frente a una incertidumbre de poder dejarle sin identidad por un acto realizado por los padres comitentes del que no es responsable. Teniendo en cuenta que por encima del derecho a la vida privada y familiar, se tutela el interés superior de un menor contra actos que pueden perjudicarlo gravemente.

**40. Tercera.**- Si bien es cierto que no era objeto de análisis otros aspectos relativos a los problemas que se suscitan en el ámbito del DIPr, la Doctrina especializada en esta materia, propone de *lege ferenda* una ley o norma que regule los aspectos más problemáticos y que sea capaz de conciliar el caso por caso atendiendo al interés superior del menor como principio supranacional.

Esto pasa por tener en cuenta, como ha considerado el TEDH, en relación al objeto de análisis, que lo primero a valorar por el Estado de destino en su reconocimiento previo o no de dicha filiación de menores nacidos por la técnica de la gestación por sustitución es que existe una verdadera constitución de la familia *de facto* y *de iure*, entre los padres comitentes y el menor a tenor de lo dispuesto en los principios fundamentales establecidos en el CEDH y salvaguardando los derechos fundamentales de los menores que se encuentran situados en el ámbito del DIPr de familia en una posición superior.

INCONVENIENTES QUE SUSCITAN LAS CRISIS  
MATRIMONIALES CON ELEMENTOS INTERNACIONALES:  
COMENTARIO A LA SAP ZARAGOZA (SECCIÓN SEGUNDA)  
DE 16 DE NOVIEMBRE DE 2018

DIFFICULTIES ARISING FROM MARRIAGE CRISIS WITH  
INTERNATIONAL ELEMENTS: COMMENTARY TO SAP  
ZARAGOZA (SECOND SECTION) OF 16 NOVEMBER 2018

M<sup>a</sup> JESÚS SÁNCHEZ CANO

*Profesora Ayudante Doctora de Derecho Internacional Privado  
Magistrado Suplente  
Universidad San Jorge*

Recibido: 17.06.2019 / Aceptado: 22.07.2019

DOI: <https://doi.org/10.20318/cdt.2019.5021>

**Resumen:** La Sentencia de la Audiencia Provincial de Zaragoza conoce en sede de apelación de un divorcio que presenta elementos internacionales y que deja traslucir lo que se denomina conflicto de civilizaciones, en tanto que plantea los problemas que suscita el divorcio revocable islámico, institución ésta que no está contemplada en nuestro Derecho positivo y que incluso, puede resultar contraria al orden público internacional español. Junto a ello, la citada resolución resuelve otras cuestiones igualmente interesantes desde la perspectiva del Derecho Internacional privado, como son el importe fijado como pensión de alimentos a favor del hijo menor del matrimonio y la atribución del uso de la vivienda familiar al menor y a su madre.

**Palabras clave:** repudio, alimentos, uso de vivienda familiar.

**Abstract:** The Sentence of the Provincial Court of Zaragoza hears an appeal of a divorce that presents international elements and that allows the so called conflict of civilizations to shine through, while it raises the problems raised by the unilateral Islamic repudiation. This institution is not contemplated in our positive Law and may even be contrary to the Spanish international public policy. In addition, the resolution resolves other questions that are equally interesting from the perspective of Private International Law, such as the amount fixed as maintenance in favour of the minor child of the marriage and the attribution of the use of the family home to the minor and his mother.

**Keywords:** repudiation, alimony, use of family housing.

**Sumario:** I. Introducción. II. La SAP Zaragoza 16 Noviembre 2018: Breve descripción de los hechos. III. La SAP Zaragoza 16 Noviembre 2018: Análisis de los fundamentos de Derecho. A) Instituciones por las que se disuelve el matrimonio en Derecho islámico. B) *Exequátur* de la resolución marroquí por cual se acuerda el “divorcio revocable reservándose el esposo el derecho de reintegrarla al matrimonio.” C) La solicitud de alimentos a favor del hijo menor de la pareja y la atribución del uso de la vivienda familiar al hijo menor y a su madre. Cuestiones de Derecho Internacional privado. IV. Conclusiones.



## I. Introducción

1. En los últimos tiempos, debido a las distintas concepciones de las relaciones familiares y junto con el notable incremento de las situaciones de crisis matrimoniales que presentan un elemento de extranjería, se han constatado una serie de inconvenientes, que se ven acrecentados por la divergencias existentes en los ordenamientos jurídicos de los Estados y que, en la mayor parte de las ocasiones, se deben a diferencias sociales, culturales y religiosas<sup>1</sup>.

2. En particular, las dificultades surgen cuando la institución procedente del Derecho extranjero resulta desconocida en nuestro país, o también, en aquellos casos en los cuales los efectos de aplicar dicho Derecho extranjero contravienen nuestro orden público internacional. Tal es el caso del repudio, institución procedente del Derecho islámico, cuya función consiste en la disolución del vínculo matrimonial y que puede resultar contrario a nuestros principios fundamentales, sobre todo, si se trata de un repudio unilateral. Los problemas que suscita el repudio pueden plantearse en los distintos sectores del Derecho Internacional privado, dado que ante los Tribunales españoles se presentan demandas tanto solicitando el repudio como su reconocimiento y efectos. En concreto, la Sentencia analizada valora el divorcio revocable de Derecho marroquí desde la perspectiva del sector de la validez extraterritorial de decisiones, para lo cual, entre otras premisas, tiene en cuenta el contenido y alcance de dicha institución.

3. Igualmente, al igual que sucede en las situaciones meramente internas, vinculadas a las crisis matrimoniales con elementos internacionales, aparecen otra serie de pretensiones para cuya solución también se precisa del Derecho Internacional privado, como son la guarda y custodia, régimen de visitas respecto de hijos menores, la pensión de alimentos, la disolución del régimen económico matrimonial o la atribución del uso de la vivienda familiar. Dichas cuestiones también son objeto de tratamiento por la Audiencia Provincial de Zaragoza en la resolución comentada.

4. Aquí, debe ponerse de relieve que, en muchas ocasiones, por parte del juez o tribunal, se comete el error de acudir directamente a la ley española, obviando que cuando se trata de resolver un litigio con elementos heterogéneos, para la determinación de la concreta ley aplicable que regulará la situación, debe acudir a la correspondiente norma de conflicto. Ello, habida cuenta la imperatividad de la norma de conflicto, de la cual se desprende que el juez o tribunal ha de aplicar de oficio las normas de conflicto españolas, independientemente de que las partes las aleguen o fundamenten en ellas sus pretensiones (art.12.6 Cc).

5. Todos estos temas se abordarán a través del comentario de la SAP Zaragoza (Sección Segunda) de 16 de Noviembre de 2018<sup>2</sup>, en el cual se analizarán algunas de las cuestiones vinculadas a un divorcio internacional con elementos de extranjería y el tratamiento que han recibido por parte del Tribunal.

## II. La SAP Zaragoza 16 Noviembre 2018: Breve descripción de los hechos

6. La resolución comentada resuelve un recurso de apelación formulado por la parte demandada en primera instancia frente a la Sentencia por la que se declara el divorcio de un matrimonio, respecto del cual se constata que presenta, al menos, un elemento de extranjería, cual es el lugar de celebración, dado que se afirma que el matrimonio se contrajo en Marruecos. La pareja, de la que no consta expre-

---

<sup>1</sup> Cabe traer aquí a colación lo que se ha denominado el conflicto de civilizaciones, que surge ante las distintas formas de regular las relaciones sociales, que, en ocasiones, resultan inconciliables. Vid. A.L. CALVO CARAVACA Y J. CARRASCOSA GONZÁLEZ, *Derecho Internacional Privado*, Vol.II, Decimoctava Edición, Granada, Comares, 2018, p.229.

<sup>2</sup> Sentencia de la Audiencia Provincial de Zaragoza (Sección 2a) Sentencia num. 511/2018 de 16 noviembre (ECLI:ES:APZ:2018:2181.)

samente su nacionalidad, reside en Zaragoza en el momento de interposición de la demanda, y tiene en común un hijo menor de edad.

7. Como motivo del recurso, cuya desestimación se insta por la parte apelada, se alega:

- 1º) La nulidad de pleno derecho del procedimiento por carencia de objeto y cosa juzgada, en tanto que se interpuso en su día procedimiento de divorcio, en el que se dictó auto acordando no continuar el procedimiento por carencia de objeto, al haberse solicitado la disolución por divorcio de un matrimonio ya disuelto en Marruecos. En tal sentido, se aporta fotocopia de acta de divorcio en Marruecos, denominado "divorcio revocable reservándose el esposo el derecho de reintegrarla al matrimonio". El apelante aduce que no tuvo conocimiento de la resolución por la cual no se admitió a trámite, por inadecuación de procedimiento, la demanda de guarda, custodia y alimentos de hijo menor no matrimonial, que reside habitualmente en Zaragoza, pero, respecto del que no se dice en la sentencia cual es su nacionalidad. La causa de dicha inadmisión fue, justamente, el hecho de continuar casados en España por no haberse tramitado el *exequátur* para el reconocimiento de la sentencia de divorcio, necesario por no tratarse de un país de la Unión Europea.
- 2º) Error en la apreciación de la prueba, sobre la base de que no es posible dictar resolución alguna frente al divorcio ni medidas relativas al mismo, dado que no cabe su tramitación y resolución, pues las partes ya se divorciaron en Marruecos, si bien el hijo común nació después del divorcio y cuando el apelante estaba casado con otras mujeres. Refiere asimismo que se encuentra en situación de incapacidad laborar sin derecho a prestación y que la esposa carece de derecho sobre un piso propiedad exclusiva del recurrente.

8. Por su parte, el Ministerio Fiscal impugna la sentencia con fundamento en el error de derecho y valoración de prueba en lo relativo a la atribución del uso de la vivienda, solicitando la extensión del mismo en favor del hijo menor y la madre.

### III. La SAP Zaragoza 16 Noviembre 2018: Análisis de los fundamentos de Derecho

9. A la vista de los motivos del recurso de apelación y de la impugnación del Ministerio Fiscal, son tres las cuestiones controvertidas que se dilucidan en la Sentencia de la Audiencia Provincial y en las cuales se centrará el presente trabajo, dado que de todas ellas pudieran derivarse problemas que requieren tratamiento desde el punto de vista del Derecho Internacional privado:

- 1ª) El valor que cabe dar al denominado "divorcio revocable reservándose el esposo el derecho de reintegrarla al matrimonio", así como, en su caso, el instrumento aplicable para otorgar el *exequátur* a la resolución por la que se decreta dicho divorcio, dictada por las autoridades marroquíes.
- 2ª) La solicitud de alimentos a favor del hijo menor de la pareja.
- 3ª) La atribución del uso de la vivienda familiar al hijo menor y a su madre.

10. Para una mejor comprensión de esta controvertida cuestión, el presente epígrafe se estructurará en tres partes diferenciadas. Así, se comenzará introduciendo algunas notas explicativas acerca de las instituciones por las que se disuelve el matrimonio, propias de los ordenamientos jurídicos musulmanes. El estudio del tema requiere entender cuál es la posición jurídica en la que se encuentra la mujer musulmana respecto de este tipo de figuras, en ocasiones, desconocidas en el Derecho español. Seguidamente, se abordará el análisis del posible *exequátur* de la resolución marroquí por la cual se acuerda el denominado "divorcio revocable reservándose el esposo el derecho de reintegrarla al matrimonio." Por último, se considerarán las pretensiones relativas a la solicitud de alimentos y a la atribución del uso de la vivienda familiar.

## A) Instituciones por las que se disuelve el matrimonio en Derecho islámico

11. De manera general, las modalidades de disolución de un matrimonio islámico son las siguientes: nulidad absoluta y relativa del matrimonio, disolución por fallecimiento de alguno de los cónyuges, repudio unilateral y extrajudicial o *talaq*, repudio consensual mediante compensación o *hul* y la disolución judicial o *trafriqat*<sup>3</sup>. El presente análisis se centrará en el repudio o *talaq*, por su mayor similitud con la institución extranjera objeto de tratamiento en la sentencia estudiada.

12. En principio, el *talaq* comporta la facultad discrecional del esposo de dar por terminado el matrimonio, sin que se requiera motivo alguno, ni el consentimiento de la esposa. Tampoco es necesaria la intervención de una autoridad pública o judicial. Igualmente, el repudio o *talaq* puede configurarse con carácter revocable o irrevocable. Para entender cuando un repudio se considera revocable o irrevocable, hay que puntualizar que, tradicionalmente, se ha configurado como irrevocable el repudio que se ha pronunciado por tres veces, mientras que es revocable en el supuesto de que únicamente se haya formulado dos veces<sup>4</sup>. Ahora bien, en un momento posterior, se permitió el repudio irrevocable a través de una sola fórmula, con valor legal de tres. Es el marido, entonces, quien por su mera voluntad, elige si el repudio es irrevocable o tiene efectos suspensivos. La consecuencia del repudio irrevocable es la disolución automática del matrimonio<sup>5</sup>.

13. Dicho esto, en el caso estudiado, el divorcio en cuestión se ha decretado en Marruecos. A este respecto, hay que indicar que en dicho país la regulación de las distintas formas de disolución del matrimonio está recogida en el Código de Familia o *Mudawana*<sup>6</sup>, que aunque se inspira en la *sharia*, desde la última modificación, reforma el estatuto de las mujeres y en materia de matrimonio y divorcio, incorpora en mayor medida el principio de igualdad entre los cónyuges<sup>7</sup>. Más en concreto, la *Mudawana* regula el matrimonio nulo o viciado (arts.56-64), junto con su disolución, que podrá ser por fallecimiento, divorcio legalmente pronunciado, divorcio judicial –*Tatliq*– o divorcio consensual retribuido –*Jol'*– (art.71). En todo caso, el divorcio requiere control judicial<sup>8</sup> y su solicitud está permitida a ambos cónyuges, si bien, cada uno de ellos con sus condiciones (art.78)<sup>9</sup>.

14. Por lo demás, la *Mudawana* establece que el divorcio podrá ser revocable –*Ray'i*– o irrevocable –*Báin*–. En principio, todo divorcio decretado judicialmente será irrevocable, a excepción del di-

<sup>3</sup> Vid. Z. COMBALÍA SOLÍS, “Estatuto de la Mujer en el Derecho Matrimonial Islámico”, *Aequalitas: Revista jurídica de igualdad de oportunidades entre mujeres y hombres*, N° 6, 2001, p. 19.

<sup>4</sup> Así lo explica la Dra. Zoila Combalía, con fundamento en el pasaje coránico que se transcribe a continuación: “*El repudio se permite dos veces. Entonces, o se retiene a la mujer tratándola como se debe, o se la deja marchar de buena manera*” (2, 229). Vid. Z. COMBALÍA SOLÍS, “Estatuto de la Mujer ...cit.”, pp. 19 y 20.

<sup>5</sup> En lo referente al repudio con carácter revocable, conviene precisar que durante el periodo de continencia o espera legal (*idda*), el marido conserva el derecho a retractarse y a proseguir la vida conyugal. Vid. Z. COMBALÍA SOLÍS, “Estatuto de la Mujer ...cit.”, p. 20.

<sup>6</sup> *Dahir* n° 1-04-22 du 12 hija 1424 (3 février 2004) portant promulgation de la LOI N° 70-03 portant Code de la Famille/ Bulletin Officiel n° 5358 du 2 Ramadan 1426 ( 6 Octobre 2005 ), p. 667 ). El texto en árabe se publicó en *Bulletin Officiel (édition générale)* n° 5184 du 14 hija 1424 (5 février 2004) p. 418.

<sup>7</sup> A. CHAKKOR, “La *Mudawana*. El Código de familia en Marruecos”, <http://intermigra.info/archivos/Mudawana.pdf>.

<sup>8</sup> La intervención y el control judicial del divorcio constituye una garantía para los derechos de la esposa, como así lo entiende, M. D. CERVILLA GARZÓN en “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*, (Marzo 2018), Vol. 10, No 1, pp. 144-163.

<sup>9</sup> Concretamente, se contempla el divorcio judicial a petición de uno de los cónyuges por motivos de discordias o *chiquq* (arts.94 y ss) y el divorcio judicial por otras causas, especificándose aquellas por las que la mujer puede solicitarlo en el art.98 de la *Mudawana*.

Por lo demás, se ha puesto de relieve que la regulación de las formas de disolución del matrimonio en la *Mudawana* incorpora el principio de igualdad de los cónyuges sólo en apariencia. Tómese como ejemplo el art.78, del cual parece desprenderse dicha igualdad, que queda desvirtuada más adelante, en el art.89, del cual se infiere que el esposo otorga a la esposa la facultad de disolución del matrimonio. Vid. M. D. CERVILLA GARZÓN en “La aplicabilidad de las normas del Código de Familia marroquí (la *Mudawana*)...cit.”, p.147.

vorcio judicial por juramento de continencia y el divorcio por falta de manutención económica (art.122). Ahora bien, el divorcio a iniciativa del marido será revocable, con la salvedad del que “tiene lugar después de dos divorcios anteriores consecutivos, el divorcio anterior a la consumación del matrimonio, el divorcio de mutuo acuerdo, el divorcio consensual retribuido (*Jol'*) y el divorcio que resulte de un derecho de opción consentido por el marido a su mujer (art.123). Además, el esposo podrá reanudar la convivencia con su mujer durante el período de espera legal (*Idda*), pero, transcurrido este periodo, la mujer quedará definitivamente separada de su marido (arts.124 y 125).

15. Consta en el procedimiento analizado acta de divorcio revocable, que, con arreglo al art.138 de la *Mudawana*, “debe ser levantada por dos *adul*, legalmente habilitados a tal efecto, después de autorizarlo el tribunal, y previa presentación de un documento que certifique el matrimonio.” De la misma manera, la Sentencia estudiada aprecia que de lo actuado se desprende que el esposo reintegró a la esposa al matrimonio, habiendo convivido con posterioridad, dado que de dicha convivencia nació un hijo que figura inscrito como matrimonial.

### **B) Exequátur de la resolución marroquí por cual se acuerda el “divorcio revocable reservándose el esposo el derecho de reintegrarla al matrimonio”**

16. Sobre esta cuestión y dado que el apelante alega la existencia de cosa juzgada, primeramente, hay que dejar sentado que para que la sentencia marroquí surta efectos en nuestro país es necesario el reconocimiento y *exequátur*. Ello incluye el pretendido efecto de cosa juzgada, que no podrá tener nunca lugar sin que se otorgue el reconocimiento de la sentencia extranjera por los tribunales españoles<sup>10</sup>. En este punto, cabe distinguir entre el efecto de cosa juzgada material en sentido positivo y el efecto de cosa juzgada material en sentido negativo. De este modo, el efecto de cosa juzgada material en sentido positivo comporta que las autoridades españolas quedan vinculadas por la sentencia extranjera como si hubiese sido dictada por los tribunales españoles. Mientras, el efecto de cosa juzgada material en sentido negativo supone que no es posible reproducir ante los tribunales españoles un litigio ya resuelto por las autoridades extranjeras<sup>11</sup>.

17. Respecto al reconocimiento y ejecución de resoluciones extranjeras en materia de crisis matrimoniales, primeramente, hay que indicar que en nuestro país existen distintos instrumentos legales que reglamentan la cuestión. Así, el Reglamento Bruselas II-*bis* de 27 de noviembre de 2003, procedente del legislador de la Unión Europea y que opera respecto de resoluciones de nulidad, separación judicial y divorcio dictadas por las autoridades públicas de los Estados miembros, a excepción de Dinamarca. El

<sup>10</sup> Vid. SAP Lugo 23 septiembre 2004 (CENDOJ 27028370012004100458) y SAP Asturias 29 septiembre 2006 (CENDOJ 33304470042006100344), SAP Barcelona 20 octubre 2015 JUR 2015\281610), SAP Barcelona 17 mayo 2016 (JUR 2016\181620) y SAP La Rioja 4 mayo 2017 (JUR 2017\161027), SAP Barcelona 1317/2019 (ECLI:ES:APB:2019:1317), entre otras muchas. Consúltese también, AURELIO LOPEZ-TARRUELLA MARTINEZ, “El reconocimiento de decisiones extranjeras de **divorcio**, separación judicial y nulidad matrimonial en España”, *Revista de la Facultad de Ciencias Sociales y Jurídicas*, Núm. 1-2006, Julio 2006. Recuperado en [https://2019-vlex-com.ezproxy.uned.es/#search/jurisdiction:ES+content\\_type:4/exequátur+sentencias+divorcio+marroqui%C3%ADes/WW/vid/217310749](https://2019-vlex-com.ezproxy.uned.es/#search/jurisdiction:ES+content_type:4/exequátur+sentencias+divorcio+marroqui%C3%ADes/WW/vid/217310749).

En este punto, hay que advertir que no es pacífica la doctrina jurisprudencial seguida en esta resolución, dado que otros tribunales han sostenido que, a pesar de no concurrir el efecto de cosa juzgada, debido a la falta de *exequátur*, no cabe reproducir la cuestión en otro procedimiento por las mismas partes y la misma causa. Vid, en este sentido, SAP Barcelona 10 septiembre 2010 (JUR 2010\375792) y AAP Cádiz 26 septiembre 2017 (JUR 2017\302496).

<sup>11</sup> El reconocimiento procesal supone que las resoluciones extranjeras desplegarán efectos en nuestro país si cumplen con los requisitos previstos a tal efecto en reglas de Derecho procesal civil internacional. Esta solución se circunscribe a los efectos de naturaleza procesal (efecto de cosa juzgada material, efecto constitutivo y efecto de tipicidad) de las decisiones dictadas por la autoridad extranjera. De otro lado, los efectos ejecutivos derivan del procedimiento de *exequátur* o declaración de ejecutividad, por el cual una resolución extranjera se transforma en un título ejecutivo y podrá ser ejecutada como si se tratase de un título nacional. Vid. A.L. CALVO CARAVACA y J. CARRASCOSA GONZÁLEZ, *Derecho Internacional Privado*, Vol.I, pp.383 y ss. y I Vol.II, Decimoctava Edición, Granada, Comares, 2018, p. 296, así como CALVO CARAVACA, J. CARRASCOSA GONZÁLEZ, M.A. CEBRIÁN SALVAT, “Tema IV: Eficacia extraterritorial de decisiones”, en A.L. CALVO CARAVACA y J. CARRASCOSA GONZÁLEZ (Directores), *Compendio de Derecho Internacional Privado*, Murcia, 2019, pp.162-165.

citado Reglamento prevalece en todo lo cubierto por él sobre determinados Convenios<sup>12</sup>, así como sobre las normas de producción interna españolas, que en el sector de la validez extraterritorial de decisiones se recogen en los arts.41-61 de la Ley de Cooperación Jurídica Internacional en Materia Civil de 2015 (LCJIMC 2015).

**18.** No obstante, en el caso objeto de litigio, en consonancia con lo dispuesto por la Audiencia Provincial, tratándose de una decisión procedente de una autoridad marroquí, no debe perderse de vista que España y Marruecos suscribieron el Convenio de Cooperación Judicial en Materia Civil, Mercantil y Administrativa entre el Reino de España y el Reino de Marruecos, firmado en Madrid el 30 de mayo de 1997 (BOE núm. 151, de 25 de junio de 1997). El citado Convenio resulta aplicable al presente caso, habida cuenta la prevalencia de los Tratados internacionales sobre la LCJIM 2015, teniendo en cuenta el carácter subsidiario de la misma (art.2 LCJIMC 2015)<sup>13</sup>.

**19.** En virtud del art.22 del citado Convenio, las resoluciones en materia de crisis matrimoniales dictadas por alguno de los dos Estados Contratantes tendrán autoridad de cosa juzgada y fuerza ejecutiva en el otro Estado si se cumplen las condiciones del art. 23<sup>14</sup>. En cuanto a la ejecución, conforme al art.26 el tribunal competente únicamente verificará si la resolución reúne los requisitos del art. 23 para desplegar el efecto de cosa juzgada. No obstante, deberá atenderse aquí a lo dispuesto art. 25, con arreglo al cual, la concesión del derecho a la ejecución de la resolución y el procedimiento de ejecución se gobernarán por la Ley del Estado en que se solicite la ejecución de la resolución.

**20.** Respecto a los motivos del art.23 del Convenio hispano-marroquí, parece oportuno detenerse brevemente en lo referente al orden público internacional, estipulado en el apartado 4. En este sentido, siendo el divorcio marroquí al que alude la sentencia un divorcio revocable es posible plantearse si la misma pudiera ser contraria a nuestro orden público internacional. A este respecto, deben formularse una serie de consideraciones<sup>15</sup>:

<sup>12</sup> El Reglamento prevalece sobre los Convenios bilaterales firmados por España con otros Estados: Convenio hispano-alemán 1983, Convenio hispano-austriaco 1984, Convenio hispano-italiano 1973, Convenio hispano-francés 1969. Así lo indican CALVO CARAVACA, J. CARRASCOSA GONZÁLEZ, M.A. CEBRIÁN SALVAT, “Tema IV: Eficacia extraterritorial de ...cit”, en A.L. CALVO CARAVACA Y J. CARRASCOSA GONZÁLEZ (Directores), *Compendio de Derecho Internacional Privado*, Murcia, 2019, p.332.

<sup>13</sup> La aplicación de dicho Convenio ha sido admitida por la jurisprudencia menor, sirvan así de ejemplos, por citar algunas resoluciones recientes, la SAP Murcia 00007/2018 ( ECLI:ES:APMU:2018:1104 ), de 11 de enero de 2018 el AAP Sevilla 905/2018, de 23 de marzo de 2018 (ECLI: ES:APSE:2018:905A), SAP Barcelona 1317/2019 (ECLI:ES:APB:2019:1317), entre otras. A favor de la aplicación del Convenio hispano-marroquí se muestran igualmente A. LOPEZ-TARRUELLA MARTINEZ, “El reconocimiento de decisiones extranjeras de divorcio, separación judicial y nulidad matrimonial en España”, Revista de la Facultad de Ciencias Sociales y Jurídicas, Núm. 1-2006, Julio 2006. Recuperado en [https://2019-vlex-com.ezproxy.uned.es/#search/jurisdiction:ES+content\\_type:4/exequatur+sentencias+divorcio+marroqu%C3%ADes/WW/vid/217310749](https://2019-vlex-com.ezproxy.uned.es/#search/jurisdiction:ES+content_type:4/exequatur+sentencias+divorcio+marroqu%C3%ADes/WW/vid/217310749); C. CARRILLO LERMA, en “Divorcio en España entre cónyuges marroquíes: la Sentencia de la Audiencia Provincial de Barcelona de 30 diciembre 2014”, *Cuadernos de Derecho Transnacional*, (Octubre 2015), Vol. 7, No 2, pp. 416-417; así como, Á. M. BALLESTEROS BARROS, “Res iudicata y divorcio internacional: nota al Auto de la Audiencia Provincial de Toledo de 7 de marzo de 2018”, *Cuadernos de Derecho Transnacional* (Marzo 2019), Vol. 11, No 1, pp. 678-684.

<sup>14</sup> Artículo 23.

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. 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.

<sup>15</sup> Sobre este particular, Vid. A.L. CALVO CARAVACA Y J. CARRASCOSA GONZÁLEZ, *Derecho Internacional Privado*, Vol.II, Decimoctava Edición, Granada, Comares, 2018, pp.303 y 304.

- 1<sup>a</sup>) En el momento de solicitar el reconocimiento de la resolución extranjera el repudio o divorcio debe continuar siendo revocable, habida cuenta que, si ha transcurrido el plazo de continencia o espera legal sin que el esposo lo haya revocado, el repudio ya ha devenido irrevocable<sup>16</sup>.
- 2<sup>a</sup>) Entre los principios de orden público internacional español que vulnera un divorcio o repudio revocable, cabe mencionar: la estabilidad del estado civil<sup>17</sup> y el principio de igualdad y no discriminación<sup>18</sup>, dado su carácter unilateral a favor del esposo, que es quien únicamente tiene la facultad para instarlo, sin que la esposa pueda intervenir en el procedimiento<sup>19</sup>.
- 3<sup>a</sup>) Si el divorcio o repudio vulnera nuestros principios de orden público internacional resulta obvio que la decisión extranjera que lo acuerda no podrá ser reconocida en España (art.46.1 LCJIMC 2015 y art.23.4 Convenio hispano-marroquí).
- 4<sup>a</sup>) No obstante lo dicho, existen determinados supuestos en los que cabe dar efectos jurídicos en España a una decisión extranjera de repudio, como por ejemplo, cuando es la propia esposa la que insta su eficacia, o si se trata de un divorcio consensual retribuido. Así lo ha entendido nuestro Tribunal Supremo<sup>20</sup>.

### **C) La solicitud de alimentos a favor del hijo menor de la pareja y la atribución del uso de la vivienda familiar al hijo menor y a su madre. Cuestiones de Derecho Internacional privado**

**21.** La Sentencia examinada contiene también otros dos pronunciamientos que pueden resultar de interés desde una perspectiva internacionalprivatista, dado que del supuesto en cuestión podría deducirse la presencia de elementos de extranjería. En este punto, debe hacerse notar que de los antecedentes de hecho de la resolución parece inferirse que los esposos en el momento de contraer matrimonio en Marruecos tenían la nacionalidad marroquí, si bien se desconoce si con posterioridad han adquirido la nacionalidad española por residencia. Tampoco consta la nacionalidad del hijo menor. El único dato que se conoce con certeza es que los esposos contrajeron matrimonio en Marruecos y que en el momento de interponer la demanda tanto los cónyuges como el hijo común menor de edad, residían en España.

**22.** Por otro lado, el Tribunal resuelve ambas pretensiones, la de alimentos a favor del menor y la atribución del uso de la vivienda familiar, como si se tratase de una situación interna, aplicando directamente el Derecho sustantivo español, sin el previo recurso a las normas de Derecho Internacional privado y particularmente, a las correspondientes normas de conflicto que designan la ley aplicable a cada pretensión.

**23.** En ambos casos, de detectarse la presencia de al menos un elemento extranjero que vincule la situación con diferentes sistemas jurídicos, hay que tener muy presente que la relación debe ser regulada por el Derecho Internacional Privado español. Por este motivo, dado su carácter imperativo, el tribunal debería haber aplicado de oficio las normas de conflicto correspondientes a cada pretensión (art.12.6 Cc), independientemente de que las partes las hubieran invocado o no y quedando descartada la aplicación del Derecho privado interno. Ello, por cuanto será la norma de conflicto la que lleve a cabo la localización de la pretensión en un Estado determinado, cuyo Derecho resolverá la controversia planteada. Facilitando la concreta solución sustantiva al supuesto litigioso<sup>21</sup>. Aquí, hay que matizar que la

<sup>16</sup> Vid. ATS 18 mayo 2004 (CENDOJ 287091100120042001621).

<sup>17</sup> Vid., entre otras, RDGR 23 septiembre 2000 (RJ 2000/9349)

<sup>18</sup> Ténganse en cuenta aquí que el art. 5 del Protocolo n° 7 del CEDH establece la igualdad de los cónyuges en la disolución del matrimonio.

<sup>19</sup> Vid, por ejemplo, AAP Castellón 13 septiembre 2005 (CENDOJ 12040370022005100078).

<sup>20</sup> Vid. AATS 21 abril 1998 (ECLI:ES:TS1998:477<sup>a</sup>) y 27 enero 1998(CENDOJ 28079110011998200134), para cada uno de los casos enunciados.

<sup>21</sup> Así lo resolvió la SAP Zaragoza (Secc. 2<sup>a</sup>) 20 abril 2012 (CENDOJ: 50297370022012100172). Consúltese asimismo, SSTS 1 ABRIL 2011 (ECLI:ES:TS:2011:1805) y 17 abril 2015 (CENDOJ: 28079110012015100235), además de otras muchas procedentes de las distintas Audiencias Provinciales.

imperatividad de las normas del Derecho de la Unión Europea no deriva del art.12.6 Cc, sino del art.288. II TFUE, para el caso de los Reglamentos, y del art.288.III, en el supuesto de las Directivas <sup>22</sup>.

**24.** Dicho esto, para determinar la ley aplicable a la solicitud de alimentos a favor del hijo menor habrá que acudir a las normas de conflicto del Protocolo de La Haya de 2007 sobre la Ley Aplicable a las Obligaciones Alimenticias, que tienen carácter universal y eficacia *erga omnes* (art.2) y cuyo art.3 establece que, como regla general, resultará de aplicación la ley del Estado de la residencia habitual del acreedor de alimentos. El citado Protocolo solventa el problema de la remisión a un sistema plurilegislativo, como es el español, con las reglas recogidas en los arts.16 y ss.

**25.** Por lo que respecta a la atribución del uso de la vivienda familiar, se ha venido entendiendo que se trata de un efecto que se desprende de la decisión judicial por la que se acuerda el divorcio y se sujeta a la concreta ley estatal que regula dicho efecto<sup>23</sup>. En este punto, se han concretado varias hipótesis, si bien, para aquellos supuestos en que, como en la sentencia estudiada, los cónyuges tienen hijos menores de edad, se considera que la atribución del uso y disfrute de la vivienda familiar constituye una medida de protección de menores. En consecuencia, si el hijo es menor de 18 años, para designar la ley aplicable operará el Convenio de La Haya de 1996 en materia de protección de menores, en cuyo caso, el tribunal aplicará su propia ley (art.15). El Convenio también dispone de normas para la solución del problema de la remisión a un sistema plurilegislativo, como el nuestro, en el art.48. Si se trata de un menor de edad conforme a su ley personal, pero, mayor de 18 años, la ley aplicable a la situación será la determinada por el art.9.6 Cc.<sup>24</sup>.

#### IV. Conclusiones

**26.** En el presente trabajo se han examinado las tres pretensiones objeto del recurso de apelación que se resuelven por la SAP Zaragoza (Sección Segunda) de 16 de noviembre de 2017, toda vez que las mismas suscitan cuestiones de interés para el Derecho Internacional privado. Así, en relación con el posible efecto de cosa juzgada, en virtud de la sentencia marroquí por la que se declara el “divorcio revocable reservándose el esposo el derecho de reintegrarla al matrimonio”, el sector involucrado es el de la validez extraterritorial de decisiones. Mientras que la solicitud de alimentos y la atribución del uso de la vivienda se encuadrarían dentro del sector de la ley aplicable, dejando al margen la competencia judicial internacional, que no ha sido objeto de estudio en este comentario. De este análisis han podido extraerse las siguientes conclusiones:

**27.** Primera: En cuanto a la primera de las pretensiones, cabe concluir que los argumentos de la Audiencia Provincial resultan acertados, habida cuenta que, en primer lugar, declara aplicable para otorgar, en su caso, el *exequátur* de la sentencia marroquí el Convenio de Cooperación Judicial en Materia Civil, Mercantil y Administrativa entre el Reino de España y el Reino de Marruecos, firmado en Madrid el 30 de mayo de 1997. Ello, por cuanto, tratándose de una resolución de un tercer Estado, que no forma parte de la Unión Europea, no resulta aplicable el sistema de reconocimiento del RBII Ibis y además, el Convenio prevalece, en todo lo regulado por él, sobre nuestra norma de producción interna, la LCJIMC 2015.

**28.** Segunda: En segundo término, igualmente correcto es el razonamiento del Tribunal en relación a la no existencia de cosa juzgada, pues resulta claro que dicho efecto sólo puede generarse mediante el reconocimiento por las autoridades españolas de la resolución marroquí de divorcio revocable.

<sup>22</sup> Así lo explican A.L. CALVO CARAVACA Y J. CARRASCOSA GONZÁLEZ, *Derecho Internacional Privado*, Vol.I, Decimoctava Edición, Granada, Comares, 2018, pp.207 y 208.

<sup>23</sup> Vid. SAP SC Tenerife 24 marzo 2006 (CENDOJ 38038370032006100135).

<sup>24</sup> Vid. A.L. CALVO CARAVACA Y J. CARRASCOSA GONZÁLEZ, *Derecho Internacional Privado*, Vol.II, Decimoctava Edición, Granada, Comares, 2018, p.289.

Dicho extremo no ha quedado acreditado en el presente caso, habida cuenta que no se ha podido constatar que ninguno de los esposos hubiera solicitado el *exequátur* de la sentencia por el procedimiento pertinente, que, como ya se ha visto, será el establecido en los arts.22 y ss. del Convenio hispano-marroquí antes citado. Más aún, cuando existen pruebas de que los esposos recuperaron la convivencia.

**29.** Tercera: Atendiendo a los razonamientos de la conclusión anterior y no apreciando el tribunal el efecto de cosa juzgada, es evidente que el Juez “a quo” y la propia Audiencia Provincial, pueden entrar a conocer de la demanda de divorcio, sin que, de ningún modo, se encuentren vinculados por el resultado de la sentencia marroquí, toda vez que no ha sido reconocida y no se ha producido el efecto de cosa juzgada en España.

**30.** Cuarta: De haberse solicitado el *exequátur* de la decisión marroquí, teniendo por objeto un divorcio revocable, podría haberse activado la excepción de orden público internacional, que operaría como causa de denegación del reconocimiento, con arreglo al art.23.4 del Convenio hispano-marroquí de 1997. Ello por los motivos explicados en los apartados anteriores: alteración del estado civil y vulneración del principio de igualdad y no discriminación. Aquí hay que tener en cuenta que no operaría la cláusula del orden público internacional si hubiera sido la esposa la que instara el reconocimiento de la resolución de divorcio revocable, toda vez que lo contrario podría ocasionarle graves perjuicios, al seguir constando como casada.

**31.** Quinta: En la resolución estudiada figuran ciertos datos de los que pudiera desprenderse que el objeto del litigio pudiera ser una situación privada internacional. En este sentido, consta en el procedimiento que los esposos contrajeron en Marruecos, de donde parece inferirse la presencia de otros elementos heterogéneos en esta relación. Sin embargo, ni las partes, ni el Juez “a quo”, ni tampoco la Audiencia Provincial, en ningún momento hicieron referencia alguna a tales extremos, llegando al punto de resolver las cuestiones controvertidas aplicando directamente el Derecho sustantivo español. No obstante, de presentar estas situaciones al menos un elemento extranjero, la Audiencia Provincial debería haber constatado de oficio si se encontraba ante una situación privada internacional, independientemente de que las partes lo hubieran alegado o no. Ello, por cuanto el elemento extranjero no es un simple dato de hecho, sino un presupuesto jurídico de aplicación de las normas de conflicto. De concluir que el supuesto sí que presentaba conexión con más de un ordenamiento jurídico extranjero, la situación sería susceptible de generar un conflicto de leyes y en consecuencia, quedaría sujeta a las reglas del Derecho Internacional privado español.

**32.** Sexta: Ante una situación privada internacional, los tribunales españoles no pueden desconocer que la aplicación de las normas de conflicto es imperativa (art.12.6 Cc) y que en consecuencia, las han de aplicar de oficio. En el caso de la sentencia analizada, las normas de conflicto que designarían la ley aplicable a los alimentos serían las previstas en el Protocolo de La Haya de 2007, mientras que la atribución del uso de la vivienda familiar se regiría por lo dispuesto en el Convenio de La Haya de 1996, puesto que los cónyuges tienen un hijo menor de dieciocho años.



# EL RECONOCIMIENTO INCIDENTAL DE UNA ADOPCIÓN INTERNACIONAL VINCULADO A LA ADQUISICIÓN DE LA NACIONALIDAD ESPAÑOLA: ASPECTOS PRÁCTICOS

## THE INCIDENTAL RECOGNITION OF AN INTERNATIONAL ADOPTION CONNECTED WITH THE ACQUISITION OF SPANISH NATIONALITY: PRACTICAL ASPECTS

M<sup>a</sup> JESÚS SÁNCHEZ CANO

*Profesora Ayudante Doctora de Derecho Internacional Privado  
Magistrado Suplente  
Universidad San Jorge*

Recibido: 17.06.2019 / Aceptado: 22.07.2019

DOI: <https://doi.org/10.20318/cdt.2019.5022>

**Resumen:** El art.27 LAI opera cuando se solicita la inscripción de la adopción ante el RCE. De la válida constitución de la adopción extranjera dependen situaciones como la adquisición de la nacionalidad española de origen por el adoptado, cuando el adoptante sea español (art.19 Cc). Conforme a los art.27 LAI y 19.1 Cc, el adoptado no adquirirá la nacionalidad española de origen si no se cumplen las exigencias del art.26 LAI. Al hilo de la RDGRN de 24 de Noviembre de 2017 (32<sup>a</sup>), se abordarán las cuestiones que plantea el reconocimiento incidental de una adopción internacional vinculado a la adquisición de la nacionalidad española, por lo que respecta a los requisitos del art.26.3 y 5 LAI.

**Palabras clave:** adopción internacional, nacionalidad, reconocimiento incidental, certificado de idoneidad.

**Abstract:** The art.27 LAI operates when the registration of the adoption is applied for before the RCE. Other situations depend on the valid constitution of the foreign adoption, such as the acquisition of the Spanish nationality of origin by the adopted person, in those cases in which the adopter or adopters are Spanish, in accordance with art.19 Cc. Thus, according to arts.27 LAI and 19.1 Cc, the adopted person will not acquire the Spanish nationality of origin if have not complied with the requirements of art.26 LAI. In line with the RDGRN of 24th November 2017 (32nd), the issues raised by the incidental recognition of an international adoption linked to the acquisition of Spanish nationality will be addressed, as regards the requirements of art.26 .3 and 5 LAI.

**Keywords:** international adoption, nationality, incidental recognition, certificate of suitability.

**Sumario:** I. Planteamiento de la cuestión. II. Notas sobre la idoneidad de los adoptantes. III. Modos de atribución y adquisición de la nacionalidad española: Presupuestos en el caso de la adopción. IV. Cuestiones prácticas: Estudio de la RDGRN de 24 de Noviembre de 2017 (32<sup>a</sup>). V. A modo de conclusión

## I. Planteamiento de la cuestión

1. El punto de partida de esta exposición se sitúa en el art.27 de la Ley 54/2007 de 28 de diciembre de Adopción Internacional (en adelante, LAI), que regula el control incidental de la validez de la adopción constituida por autoridad extranjera. La nueva redacción del citado precepto, dada por la Ley 26/2015, distingue a este respecto entre las adopciones constituidas conforme al 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) de aquéllas decretadas por autoridades de países no signatarios de dicho Convenio.

2. Pocos problemas suscitan las adopciones certificadas conforme al CH 1993, cuyo control se lleva a cabo a través del certificado que acredita que su constitución ha tenido lugar con arreglo al propio Convenio, siempre que no existen motivos de orden público para su no reconocimiento (arts.23 y 24 CH 1993).

3. Por lo que se refiere a las adopciones decretadas al margen del CH 1993, el art. 27 LAI ordena verificar si las mismas reúnen las condiciones de reconocimiento dispuestas en los artículos 5.1.e), 5.1.f) y 26 LAI. Ello significa que bastaría con invocar directamente la resolución ante el órgano en el que se quiere hacer valer, a fin de que compruebe la concurrencia de las condiciones necesarias para otorgar el reconocimiento, con efectos limitados al procedimiento concreto en el cual se ha alegado<sup>1</sup>. De este modo, se ha afirmado que este control incidental del art.27 LAI ha de entenderse como la verificación por la autoridad española de la “*recognoscibilidad*” de la resolución por la que se constituye la adopción extranjera, en el sentido de acreditar que la misma cumple con las exigencias establecidas en la LAI<sup>2</sup>.

4. El art.26 LAI, al cual, como se acaba de indicar, remite el art.27 LAI, introduce una serie de controles que debe verificar la autoridad española para otorgar el reconocimiento de una adopción constituida por autoridades extranjeras. De este modo, la autoridad española deberá llevar a cabo un triple control: control de la competencia de la autoridad extranjera que ha constituido la adopción, control de no contrariedad con el orden público internacional español, que sustituye al control de la ley aplicada previsto en el texto original, y control de la equivalencia de efectos de la adopción extranjera con los que comporta la adopción en el ordenamiento jurídico español (art.26.1 y 2 LAI). Junto a ello, la LAI prevé también que se verifique la concurrencia de la declaración de idoneidad de los adoptantes, en los términos del apartado 3 del citado art.26 LAI. En este punto, cabe recordar que se plantean varias situaciones: las adopciones internacionales certificadas conforme al CH1993, ya sean plenas o simples o no plenas, en las que se requiere la constatación de que los adoptantes son aptos para adoptar (art.5.a) en relación con los arts. 15 y 17.d) del Convenio de La Haya de 1993) y las adopciones internacionales plenas constituidas fuera del ámbito de aplicación del Convenio, en las cuales, según el art.26.3 LAI, se exige la previa declaración de idoneidad de los adoptantes por la Entidad Pública competente, cuando éstos sean españoles o residan habitualmente en España. Ello, con la salvedad de los supuestos exceptuados para el caso de que la adopción se constituyera en España.

5. En su caso, deberá comprobarse la existencia del consentimiento de la Entidad Pública correspondiente a la última residencia del adoptando en España, si éste fuera español (art.26.4 LAI). En último

---

<sup>1</sup> El reconocimiento incidental se distingue del reconocimiento procesal por homologación en que éste último se ha de llevar a cabo a través de un procedimiento autónomo, específicamente previsto para el reconocimiento de las resoluciones extranjeras y distinto tanto del que tuvo lugar en el Estado de origen como del proceso propio del Estado requerido. De la misma manera, el reconocimiento por homologación comporta eficacia *erga omnes*. Vid. A.L. CALVO CARAVACA y J. CARRASCOSA GONZÁLEZ, *Práctica procesal civil internacional* (Formularios comentados, textos legales, jurisprudencia y casos prácticos), Granada, Comares, 2001, pp.352 y 353. Vid. también, J.M. ESPINAR VICENTE, “Reflexiones sobre algunas de las perplejidades que suscita la nueva regulación de la adopción internacional”, *Actualidad Civil*, N° 18, Sección A Fondo, Quincena del 16 al 31 Oct. 2008, tomo 2, Editorial La Ley 39929/2008, p.7. Vid. E. GÓMEZ CAMPELO, “Los perfiles de la competencia judicial internacional en la Ley 54/2007 de adopción internacional”, *REEI*, no 18, Diciembre, 2009, p.41, [www.reei.org](http://www.reei.org).

<sup>2</sup> R. ARENAS GARCÍA y C. GONZÁLEZ BEILFUSS, “La Ley de Adopción internacional: entre la realidad y el deseo” *REEI*, n°17, junio,2009, [www.reei.org](http://www.reei.org), p.34.

término, habrá que corroborar que se cumplen los requisitos de regularidad formal del documento en el que consta la adopción extranjera, tales como la legalización o apostilla y la traducción a idioma oficial español, salvo que se trate de un documento que, en virtud de otras normas vigentes, se encuentre eximido de dichas exigencias (art.26.5 LAI).

6. Por otro lado, habitualmente, el art.27 LAI entrará en juego en aquellos supuestos en que se solicita la inscripción de la adopción ante el Encargado del Registro Civil Español. Sin embargo, tampoco hay que olvidar que de la válida constitución de la adopción por la competente autoridad extranjeras dependen igualmente otras situaciones, tales como la adquisición de la nacionalidad española de origen por parte del adoptado, en aquellos casos en que el adoptante o adoptantes sean españoles, conforme al art.19 Cc. En este sentido, resulta obvio que, poniendo en relación el art.27 LAI con el art.19.1 Cc., el adoptado no adquirirá la nacionalidad española de origen como consecuencia de la adopción, si los adoptantes no han cumplido con el requisito de haber obtenido previamente el certificado de idoneidad en los términos del apartado 3 del art.26 LAI<sup>3</sup>.

7. A continuación, al hilo de la RDGRN de 24 de Noviembre de 2017 (32<sup>a</sup>), se abordarán algunas de las cuestiones que plantea el reconocimiento incidental de una adopción internacional vinculado a la adquisición de la nacionalidad española. En cuanto a la adopción, dicha resolución se centra específicamente en los controles de los apartados 3 y 5 del art.26 LAI, motivo por el cual, parece oportuno comenzar explicando algunas cuestiones de interés en relación con la idoneidad de los adoptantes, para, seguidamente, exponer algunos datos relevantes en torno a la adquisición de la nacionalidad española y su relación con la adopción. Dado que los extremos que plantea el art.26.5 LAI son de menor calado, se ha considerado que bastaría con acometer su análisis al comentar la citada Resolución, en lugar de un epígrafe propio.

## II. Notas sobre la declaración de idoneidad de los adoptantes

8. Acerca de la declaración de idoneidad, con carácter anticipado, parece oportuno señalar algunas reflexiones, no tanto desde el punto de vista jurídico, sino más bien desde la esfera sociológica, que pueden resultar de utilidad para comprender las exigencias que recoge nuestro ordenamiento jurídico, tanto por lo que respecta al régimen de la adopción nacional como en lo referente a la adopción internacional. No en balde, son los problemas y situaciones que se vienen produciendo en la sociedad actual los que han de tenerse bien presentes a la hora de legislar, con el fin de facilitar soluciones a los inconvenientes que plantea la institución adoptiva.

9. En este sentido, no puede desconocerse que, todavía hoy, muchas personas se olvidan que la adopción es un proceso jurídico que excede del ámbito de lo privado y que consideran que existe un derecho a adoptar por parte de los solicitantes de adopción. Cierto es que para que exista la adopción debe haber padres dispuestos a adoptar a un menor, pero, también es verdad que no todas las familias reúnen las condiciones necesarias para ello. Esto significa que un niño no puede ser adoptado por cualquier persona, pues no hay que ocultar el hecho de que, así como la adopción no siempre resulta la respuesta más adecuada a las necesidades de todos los menores abandonados o separados de sus padres, tampoco lo es para todos aquellos que pretenden convertirse en padres adoptivos. De lo contrario, la adopción no redundará en interés del adoptando.

10. En consecuencia, es lógico que la sociedad asuma el deber de asegurar que la asignación de un menor a una familia sólo tenga lugar cuando se verifique que en esa familia concurren las características necesarias para garantizar que el niño se inserte en el entorno más adecuado para su educación y crianza. Esta es la razón que justifica la intervención del Estado, a fin de disminuir los posibles riesgos que pudieran derivarse de decretar la adopción a favor de personas que no reúnan las necesarias condicio-

---

<sup>3</sup> Con anterioridad a la LAI ya se venía exigiendo que el Encargado del RCE comprobase que la adopción extranjera reuniese los requisitos del art.9.5 Cc. Vid. RDGRN núm. 3/2009 de 9 octubre (JUR 2010\360746).

nes. En este punto, respecto a la responsabilidad de los Estados en los procesos de adopción, cabe reseñar que, hoy en día, la adopción se entiende como una medida social y legal de protección de la infancia y que como tal medida de protección, principalmente, debe tomar en consideración el beneficio del adoptado y el respeto a sus derechos fundamentales, lo que supone que el procedimiento se inicie en todo caso porque las circunstancias del niño así lo requieran, y no porque haya personas que pretendan adoptarlo<sup>4</sup>.

**11.** Partiendo de esta base, no cabe duda de que el ordenamiento jurídico tiene la facultad y la obligación de fiscalizar la relación que se origina y entre quienes se establece. Ello, con el fin de asegurar que la familia elegida sea la más adecuada a las características y necesidades de quien va a ser adoptado<sup>5</sup>. Conforme a este planteamiento, la introducción del requisito de idoneidad encontraría su justificación en la potestad de la sociedad para seleccionar a aquellos sujetos que considere más capacitados para ser padres adoptivos, a través de un procedimiento que así lo confirme<sup>6</sup>.

**12.** Teniendo en cuenta lo que antecede, la selección de los padres adoptivos ha de ser considerada como un medio de defensa de los derechos de los niños que debe estar siempre al servicio del menor que va a ser adoptado, pues es a éste al que hay que dar un trato preferente, dejando a los padres biológicos y a los adoptivos en un segundo plano. En este sentido, se ha llegado a afirmar que la evaluación de la idoneidad de los adoptantes es una condición esencial de obligado cumplimiento, habida cuenta que encuentra su fundamento en la protección del adoptado y por tal motivo, la selección de los solicitantes de adopción no debiera ser entendida como un agravio para éstos sino como una suerte de medida cautelar, que se toma en defensa de los derechos del menor, que al fin y al cabo, son los que se consideran preferentes en materia de adopción<sup>7</sup>.

**13.** Ello ha motivado una creciente participación del sector público en los procesos de adopción internacional, intensificando los controles, no solo a través de un desarrollo exhaustivo de la regulación nacional, sino también mediante la conclusión de Convenios de naturaleza internacional, ante la sospecha de los Estados de que, muy particularmente, en el contexto de las adopciones internacionales, pudieran favorecerse los abusos e incluso conductas delictivas, como el tráfico de niños.

**14.** Conforme a las anteriores premisas y a fin de salvaguardar el interés del menor, en especial, el Convenio sobre Derechos del Niño de 1989 y el CH 1993, dejan traslucir su preocupación por la proliferación de prácticas que no garantizan el interés de los menores. En este sentido, se ha definido el marco

---

<sup>4</sup> En cuanto a la mayor intervención de las Administraciones Públicas en el ámbito de la protección de menores, se habla incluso de “*administrativización*” o “*metamorfosis socializante*” del estatuto jurídico del menor, que venía siendo considerado propiamente como una cuestión de Derecho Privado. En este sentido, se pone de relieve que es la adopción la institución de protección de menores en la que en mayor medida ha incidido este incremento del control estatal, sobre todo, por lo que se refiere al procedimiento por el que se constituye la adopción y particularmente, respecto a la verificación de la adoptabilidad del menor declarado en desamparo y el certificado de idoneidad de los adoptantes. Vid. S. ADOHER BIOSCA, “Capacidad, idoneidad y elección de los adoptantes en la adopción internacional: un reto para el ordenamiento jurídico español (I)”, *Revista Crítica de Derecho Inmobiliario*, Año LXXXIII, Mayo-Junio 2007, Núm.701, pp. 950 y 951.

<sup>5</sup> A este respecto, se habla del emparentamiento o *matching*, consiste en encontrar el adoptante o adoptantes que más se ajusten a las necesidades y características de un determinado menor y tiene como fin garantizar el éxito de la adopción. Este proceso se basa en dos informes, uno del adoptando y otro de los adoptantes y es responsabilidad compartida de las autoridades tanto del Estado de origen como del Estado de recepción, culminando con la propuesta de adopción. Vid. SACLIER- CH-SSI, *La adopción internacional: Condiciones básicas, interés superior del menor y cooperación de internacional*, Congreso organizado por el IIN. Santiago de Chile, marzo de 1999. Recuperado en <http://adopcion.org/cuadros-china-hispania/cuadro-resumen-hispania/FINALES/7%20A%20I%20condiciones%20basicas%20isupn.pdf>.

En este orden de consideraciones, se ha puesto de manifiesto que el índice de fracasos es mayor en aquellos supuestos en los cuales los solicitantes no han sido objeto de un estudio que determinase su idoneidad para la adopción, como es el caso de las adopciones privadas, que se llevan a cabo sin intervención de autoridades públicas. En este sentido, Vid. S. ADOHER BIOSCA, “Capacidad, idoneidad ...cit, p.950.

<sup>6</sup> Para complementar lo dicho en los párrafos precedentes, puede consultarse, C. MARTÍNEZ DE AGUIRRE ALDAZ, “La adopción, entre los derechos del adoptado y los deseos de los adoptantes”, en VV. AA., *Adopción: Aspectos psicopedagógicos y marco jurídico*, Barcelona, Ariel, 2000, pp. 177-193.

<sup>7</sup> Vid. M. FONTANA ABAD, “Instrumentos de evaluación en la adopción”, en VV AA, *Adopción: Aspectos psicopedagógicos y marco jurídico*, Barcelona, Ariel, 2000, p. 59.

ético que deberá regir toda adopción internacional y así, el CH 1993, entre otras cautelas, establece, en su art.5. a), la obligación por parte de las Autoridades del Estado de origen de constatar que “los futuros padres adoptivos son adecuados y aptos para adoptar<sup>8</sup>.”

**15.** En lo referente al ordenamiento jurídico español, acerca de la valoración de la idoneidad de los solicitantes de adopción, hay que decir que estamos ante una exigencia jurídico formal de la que no existen precedentes en España con anterioridad a la L.21/87 y que fue introducida explícitamente en nuestro ordenamiento jurídico por la Ley Orgánica 1/1996, de 15 de enero, de Protección Jurídica del Menor<sup>9</sup> como un requisito ineludible y determinante para constituir la adopción, tanto nacional como internacional, cumpliendo así con los compromisos adquiridos por España al ratificar los instrumentos internacionales que contemplan esta exigencia, tal como justifica el propio Preámbulo de la Ley Orgánica 1/1996<sup>10</sup>. En este sentido, es posible afirmar que, salvo por lo que se refiere a los supuestos establecidos en el art.176.2 p. 2º Cc, la declaración de idoneidad se configura en nuestro ordenamiento jurídico como una exigencia para la válida constitución de la adopción de un menor de la que no es posible prescindir<sup>11</sup>. Por otro lado, aunque unos determinados adoptantes hayan obtenido la declaración de idoneidad por parte de la Administración, ello no quiere decir que ostenten un derecho a adoptar a un niño en concreto, pues una persona puede ser totalmente idónea para la adopción en general y no adaptarse a las características específicas de un determinado menor<sup>12</sup>.

**16.** Por lo que respecta al art.176.2. p.2ºCc, hay que dejar claro que no es necesaria declaración de idoneidad cuando los adoptantes se encuentran dentro de una de las situaciones comprendidas por el citado precepto, pero ello no obsta para que el Juez en el momento de constituir la adopción realice su propia valoración<sup>13</sup>. Por este motivo, el requisito de idoneidad de los adoptantes para el ejercicio de la patria potestad siempre es ineludible, toda vez que no se configura como un simple trámite administrativo, sino que su propósito es asegurar la adaptación del menor a la familia en la que va a crecer y evitar que se produzca el fracaso en la relación adoptantes-adoptando<sup>14</sup>.

<sup>8</sup> Sobre este particular, se ha dicho que el requisito de la idoneidad de los adoptantes deriva de la Convención sobre los Derechos del Niño de 1989, aunque, lo cierto es que en dicho Convenio no aparece una referencia expresa en este sentido. A este respecto, se afirma que, en realidad, se trata de una exigencia que deriva directamente del principio del interés del menor, incorporado en materia de adopción en el art.21 de la Convención. Vid. S. ADROHER BIOSCA, “Capacidad, idoneidad...cit.”, p. 953.

<sup>9</sup> ADROHER BIOSCA recuerda que en la legislación autonómica ya existían precedentes que recogían estas exigencias. Vid. S. ADROHER BIOSCA, “Capacidad, idoneidad...cit.”, p. 954.

<sup>10</sup> En concreto, para la adopción internacional la citada Ley Orgánica introdujo la exigencia de la idoneidad en el art.9.5.3º y 5º Cc, en la Disposición Final Segunda. Así, en los supuestos de adopción consular se requería que la propuesta previa fuese formulada por la entidad pública correspondiente al último lugar de residencia del adoptante en España y para el caso de que el adoptante no hubiese tenido residencia en España en los dos últimos años, no se precisaba este requisito, pero, se instaba al Cónsul a recabar de las autoridades del lugar de residencia del adoptante informes suficientes para valorar su idoneidad.

Por otro lado, dicho precepto establecía que no sería reconocida en España la adopción constituida por autoridades extranjeras, “*mientras la entidad pública competente no haya declarado la idoneidad del adoptante, si éste fuera español y estuviera domiciliado en España al tiempo de la adopción*”. Aquí, cabe observar que, como más adelante se explicará, la ambigüedad del precepto, que no exigía que la declaración de idoneidad fuese previa a la constitución de la adopción, dio lugar a que en la práctica se produjeran situaciones en las que se permitía cumplir con este requisito con posterioridad a la misma, ante la evidencia de que la adopción ya se había decretado en el extranjero y que el menor ya se encontraba en nuestro país. Como se estudiará, la LAI acabó con esta situación, en tanto que el art.26.3º supedita el reconocimiento de la adopción extranjera a que se haya declarado la idoneidad del adoptante previamente a la constitución de la adopción, cuando éste sea español y residente en España.

En cuanto a la adopción nacional, fue la Disposición Final Décima la que introdujo este requisito en el art.176.2 Cc. Aquí, hay que advertir también que la Ley Orgánica 8/2015, de 22 de julio, de modificación del sistema de protección a la infancia y a la adolescencia (BOE núm. 175, de 23 de julio de 2015) ha incorporado la exigencia de que la declaración de idoneidad se emita con carácter previo a la propuesta de la Entidad Pública.

<sup>11</sup> Vid. EL JUSTICIA DE ARAGÓN, *Informes especiales 2001. Informe sobre la situación actual de los menores en Aragón*, p.63. Recuperado en [http://www.eljusticiadearagon.com/gestor/ficheros/\\_n000153\\_menores.pdf](http://www.eljusticiadearagon.com/gestor/ficheros/_n000153_menores.pdf).

<sup>12</sup> Tal y como señala MARTÍNEZ DE AGUIRRE, “*la adopción dependerá al final de si existen o no otros solicitantes mejor capacitados (más idóneos) para atender al menor concreto de cuya adopción se trata.*” Vid. C. MARTÍNEZ DE AGUIRRE ALDAZ, “La adopción, entre los derechos del adoptado...cit”, p.184.

<sup>13</sup> Ténganse en cuenta aquí lo dispuesto en el art.35.3 de la Ley 15/2015, de 2 de julio, de la Jurisdicción Voluntaria (BOE núm. 158, de 03/07/2015), en el cual se exige que en el escrito de ofrecimiento a la adopción consten las condiciones personales, familiares y sociales y los medios de vida del adoptante o adoptantes.

<sup>14</sup> De este modo, se sostiene que el sentido de la declaración de idoneidad es “*garantizar, en la medida de lo posible, que el*

**17.** Con arreglo a lo anterior, nuestro ordenamiento jurídico establece respecto de la adopción un doble control administrativo y judicial. Así se desprende, sin ningún género de dudas, del propio art.176 Cc, toda vez que incorpora la exigencia de que los adoptantes sean declarados idóneos por la Administración, como requisito para poder iniciar el expediente y previamente a la propuesta de adopción, al mismo tiempo que instaura un segundo filtro, al establecer que para llevar a cabo la constitución de la adopción el Juez habrá de tener en cuenta no solo el interés del menor sino también la idoneidad de los adoptantes para el ejercicio de la patria potestad. Luego, en el Derecho español no es el Juez quien inicialmente decide sobre si la adopción resulta una medida beneficiosa para el adoptado, sino que, primeramente, la facultad para resolver corresponde al órgano que a tal fin haya sido designado por la Administración en cada Comunidad Autónoma, excepción hecha de los supuestos en que no resulta necesaria la propuesta administrativa (art.176.2 Cc).

**18.** En relación con los criterios de selección de los adoptantes, dado que ni la Ley 21/1987 ni la L.O. 1/1996 los especificaban, han sido las Comunidades Autónomas las que han establecido las reglas del proceso de valoración y de selección de las familias adoptivas. Con la entrada en vigor de la LAI se colmó esta laguna de la legislación estatal y así, el art.10 LAI ofrece una definición de idoneidad, al mismo tiempo que precisa las circunstancias que deben ser objeto de la valoración psicosocial, instando a las Entidades Públicas competentes a coordinarse entre ellas, a fin de homogeneizar los criterios de valoración de la idoneidad. Asimismo, el vigente art.176.2 Cc, en su redacción dada por Ley 26/2015, de 28 de julio, de modificación del sistema de protección a la infancia y a la adolescencia (B.O.E. 29 julio 2015), también explica los extremos que requieren una valoración psicosocial.

**19.** En cuanto a la aplicación del requisito de la idoneidad de los adoptantes en sede de reconocimiento de las adopciones extranjeras, el art.26.3 LAI, como ya se ha explicado, exige taxativamente que el certificado de idoneidad se emita con carácter previo a la constitución de la adopción por autoridad extranjera, con las únicas excepciones previstas para el supuesto de que la adopción se hubiera acordado en nuestro país. Obsérvese aquí que la previsión de la LAI se aparta de la doctrina de la DGRN en aplicación del anterior art.9.5 Cc, mucho menos rigurosa, en tanto que admitía que la idoneidad de los adoptantes fuera declarada con posterioridad a haberse decretado la adopción por el competente órgano extranjero, a fin de no perjudicar al menor adoptado que ya residía en nuestro país con la familia adoptiva<sup>15</sup>.

**20.** En relación con el art.26.3 LAI, cabe subrayar que el objetivo del legislador consiste en que la capacidad de obrar del solicitante español y residente en España se verifique siempre con arreglo a la Ley material española, toda vez que la LAI reclama que sea la Entidad Pública española la que certifique la idoneidad de los adoptantes (RRDGR 15-6-2009 y 3-1-2014). La cuestión no carece de relevancia porque, de lo contrario, podrían proliferar comportamientos fraudulentos, toda vez que propiciaría que aquellos adoptantes que no reuniesen los presupuestos para ser declarados idóneos en nuestro país se dirigiesen a un Estado menos exigente, a fin de que sus autoridades decretasen la adopción<sup>16</sup>. Ténganse

---

*menor precisado de una familia va a encontrarla efectivamente, y va a ser una familia apta para hacer frente a las necesidades de ese menor".* A este respecto, Vid. C. MARTÍNEZ DE AGUIRRE ALDAZ, "La adopción, entre los derechos del adoptado...cit", p.183.

<sup>15</sup> Véase, entre otras, RRDGRN 25 (3<sup>a</sup>)-6-1999 (LA LEY 2103/2000) y 23-12-2006. Como ejemplo de la nueva orientación que marca la LAI, Vid. RRDGRN 15-6-2009 (JUR 2010\316096), 12-12-2013 (JUR 2014\209423) y 3-1-2014 (LA LEY 69868/2014).

<sup>16</sup> Sirvan de ejemplo los argumentos esgrimidos en relación con el art.26.3 LAI, respecto del cual se ha advertido la posibilidad de que los adoptantes trasladen su residencia al extranjero en claro fraude de ley, a fin de eludir la exigencia del certificado de idoneidad previo a la adopción. Semejante eventualidad contravendría el propósito del legislador, pues, no cabe duda que su intención era, precisamente, impedir que los solicitantes con pocas posibilidades de ser declarados idóneos en España se desplazasen a países donde este requisito no se controle de forma estricta, constituyendo allí una adopción e instando el posterior reconocimiento en España. Vid. RRDGRN 15-6-2009 y 3-1-2014, antes mencionadas, así como A.L. CALVO CARAVACA Y J. CARRSCOSA GONZÁLEZ, *La Ley 54/2007 de 28 de diciembre de 2007 sobre adopción internacional (Reflexiones y comentarios)*, Comares, Granada, 2008, p.211, R. ARENAS GARCÍA Y C. GONZÁLEZ BEILFUSS, "La Ley 54/2007, de 28 de diciembre...cit" p. 28. y J.M. DÍAZ FRAILE, "Problemas actuales de la adopción internacional", *Anuario de la Facultad de Derecho de la Universidad Autónoma de Madrid*, N<sup>o</sup>. 15, 2011 (Ejemplar dedicado a: El menor ante el derecho en el siglo XXI / coord. por Julio Díaz-Maroto y Villarejo, Alma María Rodríguez Guitián), p.140.

en cuenta aquí que lo que se pretende con la declaración de idoneidad es garantizar que los adoptantes tengan la capacidad, aptitud y motivación necesaria para el ejercicio de la patria potestad<sup>17</sup>. No resultaría lógico, por tanto, conceder la patria potestad a aquellos adoptantes respecto de los cuales no hubiera quedado mínimamente acreditado que no pudieran ser privados de su ejercicio, como así puso de relieve algún autor respecto de la situación anterior a la vigencia de la LAI<sup>18</sup>. Lo contrario no sólo resultaría frontalmente incompatible con el interés del menor, sino que, además, supondría beneficiar a aquellos adoptantes que eligieron acudir a procedimientos de incierta garantía, pero, mucho más ágiles<sup>19</sup>.

21. Ahora bien, la DGRN ha matizado que lo que único que exige el art. 26.3 LAI es que la Entidad Pública española declare la idoneidad de los adoptantes previamente a la constitución de la adopción por el órgano competente extranjero, si los adoptantes son españoles y residentes en España, resultando que el certificado de idoneidad se realiza en referencia a los futuros adoptantes, en los términos del art.10 LAI, y no a los menores sujetos a adopción. Por esta razón y en tanto que, es a la autoridad extranjera a la que posteriormente corresponde valorar la idoneidad de los solicitantes para adoptar a unos determinados menores, no es posible que el Registro Civil español, entre a verificar la correspondencia entre la declaración de idoneidad y la asignación, pues de otra manera se estaría imponiendo un control no previsto por el citado artículo 26.3 LAI<sup>20</sup>.

### III. Modos de atribución y adquisición de la nacionalidad española: Presupuestos en el caso de la adopción

22. El régimen para la atribución y adquisición de la nacionalidad española y sus requisitos se encuentra regulado en los arts. 17-23 Cc. De entre ellos, por lo que respecta a la adopción, resulta determinante el art.19, si bien, como se explicará más adelante, también podría entrar en juego en determinados supuestos los arts.20 , 21 y 22 Cc.

23. Partiendo del art.19 Cc, hay que poner de relieve que, en virtud del apartado primero, únicamente los menores de dieciocho años<sup>21</sup>, adoptados por un español, adquieren automáticamente, es decir, por ministerio de la ley, la nacionalidad española de origen como consecuencia de la adopción, pudiendo los adoptados mayores de dicha edad optar por la nacionalidad española de origen en el plazo de dos años a partir de la constitución de la adopción<sup>22</sup>. En este punto, debe observarse que el citado artículo, pese a equi-

---

<sup>17</sup> Estos son los términos en los que se expresa el art.10.1 LAI, que regula los requisitos para la adopción internacional, si bien, en la redacción dada por la Ley 26/2015, utiliza la expresión “responsabilidad parental en lugar del término “*patria potestad*”. Igualmente, tal como se ha indicado más arriba, esta idea subyace también en art.176.1 Cc, independientemente de que resulte necesaria o no la propuesta administrativa previa de adopción.

<sup>18</sup> Vid. J.M. ESPINAR VICENTE, “La adopción de menores constituidas en el extranjero y el reconocimiento de la patria potestad en España”, *Actualidad Civil*, nº32, 1997, p.71.

<sup>19</sup> Aquí, hay que tener presente que, tanto nuestra jurisprudencia como la doctrina de la DGRN, han venido reiterando que la declaración de idoneidad constituye un requisito de orden público, imprescindible para la salvaguarda del interés del menor, que proporciona seguridad jurídica, en tanto que trata de evitar adopciones fraudulentas. Así lo indican, p.ej., el AAP Madrid (Sec.22<sup>a</sup>), núm.211/2007 (AC 2007\1879) , de 18 de septiembre o la RDGRN 22 de junio de 1991 (RJ 1991\5692).

<sup>20</sup> En este sentido, consúltese, RRDGRN 27-12-2011 (LA LEY 304670/2011) y 11-7-2012 (LA LEY 243385/2012)).

<sup>21</sup> Nótese aquí que el art.19 Cc no se refiere a menor y mayor de edad, sino a menores y mayores de dieciocho años. Establece así el límite en la edad en que en nuestro país se fija la mayoría de edad (art. 12 CE). Evita, de este modo, el legislador la aplicación de una ley extranjera, la ley personal del adoptado, conforme al art.9.1 Cc, en la cual la mayoría de edad puede estar determinada a una edad superior o inferior de la establecida en la ley española.

<sup>22</sup> La redacción de este precepto trae causa de la Ley 18/1990, de 17 de diciembre, sobre reforma del Cc. Nótese aquí la influencia del principio de igualdad de filiaciones, previsto en el art.108 Cc y que encuentra su origen en los arts. 14 y 39 CE, toda vez que éste rige también en materia de nacionalidad, al equiparar la filiación por naturaleza y la adoptiva, en cuanto que atribuye la nacionalidad española de origen al adoptado por un español. En este punto y al hilo del principio de igualdad, se ha dicho que el diferente tratamiento que otorga el art.19 Cc al adoptado menor y mayor de dieciocho años no supone discriminación alguna, toda vez que no resultaría lógico atribuir la nacionalidad española de forma automática al segundo de ellos aún no estando conforme con ello. Vid. S. ADROHER BIOSCA, “Marco jurídico de la adopción internacional”, *Puntos capitales de Derecho de Familia en su dimensión internacional*, Madrid, Dykinson, 1999, p. 140.

parar la filiación adoptiva a la filiación por naturaleza en lo referente a la adquisición de la nacionalidad española de origen, en el caso del adoptado menor de dieciocho años no lo hace desde el nacimiento, sino desde el momento de la adopción. Igualmente, debe hacerse hincapié en que cuando el adoptado es mayor de dieciocho años la adquisición de la nacionalidad depende de la existencia de una manifestación de voluntad por su parte<sup>23</sup>. El ejercicio del derecho de opción se supedita a lo dispuesto en los arts.20.2 y 23 Cc.

**24.** Ahora bien, surge la duda de cuál es el momento en que el adoptado adquiere la nacionalidad española con arreglo al art.19.1 Cc. La respuesta es clara cuando se trata de una adopción internacional que se ha constituido ante autoridad española, Juez o Cónsul español acreditado en un país extranjero, toda vez que en ambos casos se ha decretado por autoridad española competente (art.14 y 17 LAI) y conforme a la ley española (art.18 LAI). La adopción internacional en estos supuestos no precisa de reconocimiento y será el Juez o el Cónsul quien de oficio remita la resolución firme de adopción al Registro competente para su inscripción (art.39.5 LJV)<sup>24</sup>.

**25.** En todo caso, aquí, debe tenerse en cuenta que la posterior inscripción en el Registro Civil, pese a ser obligatoria, no tiene carácter constitutivo, de donde se deduce que los efectos jurídicos que comporta esta institución empiezan a generarse desde la firmeza de la resolución por la cual se acuerda la constitución de la adopción. O lo que es lo mismo, la resolución en estos casos es el acto constitutivo de la adopción (art.176.1 LAI) y la aplicación de la ley española a la misma comporta como efecto el previsto en el art.19.1. Cc desde el momento de su firmeza<sup>25</sup>.

**26.** Por otra parte, en los supuestos de adopciones constituidas por autoridad extranjera competente opera lo dispuesto en el art.27 LAI y en consecuencia, la adquisición de la nacionalidad española por el adoptado requiere que la institución supere el control incidental que debe llevar a cabo el Encargado del Registro Civil, en los términos antes explicados<sup>26</sup>.

**27.** Aquí, cabe puntualizar que, en ocasiones, nos encontramos con decisiones extranjeras que no pueden surtir efectos en España si previamente no han tenido acceso a los Registros españoles, razón por la cual, la normativa registral española determina los requisitos que deben cumplir las resoluciones

---

<sup>23</sup> Frente a la distinción entre nacionalidad originaria y derivativa, en la actualidad, algunos autores prefieren diferenciar los supuestos de nacionalidad automática o atribución, como los cubiertos por el art.19.1 Cc, de aquellos en que resulta precisa una declaración de voluntad o de adquisición, entre los que se situarían los casos amparados en el párrafo 2 del art.19 Cc. A este respecto, consúltese, E. FERNÁNDEZ MASIÁ, Lección 2: Adquisición de la nacionalidad española”, E. FERNÁNDEZ MASIÁ (Dir.), *Nacionalidad y extranjería*, 2ª Edición, Valencia, Tirant Lo Blanch, 2018, pp.34 y 35.

<sup>24</sup> Sostiene esta misma opinión M.A. CALZADILLA MEDINA, *La adopción internacional en el Derecho español*, Madrid, Dykinson, 2004, p.320.

<sup>25</sup> Autores como Espinar Vicente hablan de que el adoptado adquirirá la nacionalidad española de origen una vez que la adopción se haya consumado conforme al Derecho español. Ello conduciría a la aplicación del art.176.1 Cc, que indica que la adopción se constituye por resolución judicial. Vid. J.M. ESPINAR VICENTE, “La adopción de menores constituida en el extranjero y el reconocimiento de la patria potestad en España (Algunas reflexiones en torno a la heterodoxa doctrina de la Dirección General de los Registros y del Notariado)”, *Actualidad Civil*, N° 3, 1997, p.757-771.

<sup>26</sup> Con anterioridad a la vigencia de la LAI y en relación con el anterior art.9.5 Cc, autores como CALVO CARAVACA Y CARRASCOSA GONZÁLEZ, ya sostuvieron que los actos de jurisdicción voluntaria que, como la adopción, generan efectos constitutivos desplegarían sus efectos en nuestro país a través de un control incidental, que deberían llevar a cabo las autoridades ante las cuales se pretenda hacer valer la eficacia del acto en cuestión. Vid. A.L. CALVO CARAVACA Y J. CARRASCOSA GONZÁLEZ, *Práctica procesal civil internacional (Formularios comentados, textos legales, jurisprudencia y casos prácticos)*. Granada, Comares, 2001, pp.353 y 482-483. De otra parte, DE MIGUEL ASENSIO, en general, acerca de las resoluciones extranjeras de jurisdicción voluntaria y con particular referencia a las decisiones por las que una autoridad extranjera constituye la adopción, ya mantuvo que el reconocimiento incidental resulta completamente operativo, a la vez que apropiado, dado que la eficacia de las decisiones de jurisdicción voluntaria que, como las de adopción, tienen carácter constitutivo, generalmente, se hace valer respecto del “llamado efecto como hecho jurídico vinculante”, al invocar la relación jurídica creada por la decisión extranjera en el transcurso de un proceso posterior. Del mismo modo, el citado autor considera que, puesto que en España la eficacia de este tipo de resoluciones no queda supeditada al *exequátur*, es posible proceder a su inscripción registral a través de un control que deberá efectuarse por el Encargado del Registro Civil Español y en el cual se verificarán aquellos requisitos exigidos para que dicha resolución despliegue sus efectos en nuestro país. Vid. P.A DE MIGUEL ASENSIO, *Eficacia de las resoluciones extranjeras de jurisdicción voluntaria*, Madrid, Eurolex, 1997, pp.89 y 90.



o documentos extranjeros para acceder a nuestros Registros. Respecto de la adopción decretada por autoridad extranjera, hay que tener presente que se trata de un hecho ocurrido fuera de España y cuyo asiento sirve de base a inscripciones marginales exigidas por el Derecho español, como es el caso de la adquisición de la nacionalidad española por el adoptado. Ello, en virtud del art.15.2 de la Ley del Registro Civil, que utiliza un criterio personalista, en el cual se ha basado la DGRN para permitir que se extienda la inscripción principal de nacimiento y la marginal de adopción cuando ésta se haya constituido ante una autoridad extranjera, siempre que afecte a ciudadanos españoles, o lo que es lo mismo, si el adoptante o el adoptado tienen la nacionalidad española<sup>27</sup>.

**28.** Tampoco hay que perder de vista que el art.29 LAI, en su redacción dada por la Ley 26/2015, supedita el reconocimiento de la adopción formalizada por autoridades extranjeras a la solicitud de la inscripción de la misma en el Registro Civil español, cuando los adoptantes tengan su residencia habitual en España<sup>28</sup>. Es decir, la inscripción pasa a ser un requisito imprescindible para el reconocimiento de la adopción y por ende, para que despliegue su efecto constitutivo.

**29.** De las anteriores consideraciones, podría deducirse que el momento en el cual se entendería que el menor de dieciocho años adoptado por un ciudadano español adquiriría la nacionalidad española de origen, como consecuencia de la adopción, sería el de la inscripción en el Registro Civil español, (art.29 LAI), una vez superado el control de validez conforme a lo dispuesto en el art.27 LAI<sup>29</sup>.

**30.** En lo referente al adoptado mayor de dieciocho años, del sentido literal del art.19.2 Cc. se deduce que el cómputo del plazo de dos años, en el cual el interesado puede ejercitar su derecho de opción a la nacionalidad española, comienza a contar desde el momento de su constitución. Es decir, desde la firmeza de la resolución por la cual se decreta la adopción. Sobre este particular, tratándose de una adopción constituida ante autoridades extranjeras, resulta más correcto entender que el adoptado podrá optar por la nacionalidad española, en virtud del art.19.2 Cc., a partir del reconocimiento y la correspondiente inscripción de la adopción extranjera<sup>30</sup>, tal como se ha explicado en relación con el art.19.1 Cc. en los párrafos precedentes.

**31.** En cuanto al momento en que se adquiere por parte del adoptado mayor de dieciocho años la nacionalidad española de origen, lo más razonable es interpretar que ello tiene lugar al tiempo en que el interesado ejerce el derecho de opción<sup>31</sup>.

**32.** Del mismo modo, no puede dejarse de lado que existe otra vía para que un sujeto devenga nacional español, cual es la prevista en el art.20.1.a), que reglamenta el derecho a optar por la nacionalidad española en el supuesto de que el interesado esté o haya estado sujeto a la patria potestad de un español<sup>32</sup>, en

<sup>27</sup> Vid. Res-Circular DGRN 15-7-2006 (BOE núm. 207, de 30 de agosto de 2006).

<sup>28</sup> El art.29 LAI anterior a la reforma efectuada por el art. 3.27 de la Ley 26/2015, de 28 de julio, rezaba de la siguiente manera: "Cuando la adopción internacional se haya constituido en el extranjero y los adoptantes tengan su domicilio en España podrán solicitar la inscripción de nacimiento del menor y la marginal de adopción conforme a las normas contenidas en los artículos 12 y 16.3 de la Ley del Registro Civil." En la actualidad, la expresión "podrán" utilizada por el antiguo art.29 LAI queda sustituida por el término "deberán". Nótese igualmente, que la Ley 26/2015 incorpora una referencia genérica a las normas de la LRC, desapareciendo las menciones específicas a los arts.12 y 16.3 de la Ley del Registro Civil.

<sup>29</sup> Autores como CALZADILLA MEDINA también sostienen que el momento de la atribución de la nacionalidad española de origen al adoptado menor de dieciocho años en virtud del art.19.1 Cc es el del reconocimiento de la adopción. Vid. M.A. CALZADILLA MEDINA, *La adopción internacional...cit*, p.319.

<sup>30</sup> De nuevo, puede consultarse, . M.A. CALZADILLA MEDINA, *La adopción internacional...cit*, p.322.

<sup>31</sup> Así lo afirma M.A. CALZADILLA MEDINA, sobre la base del carácter voluntario del derecho de opción, en *La adopción internacional...cit*, p.322. En este punto, la citada autora sigue el criterio de E. LALAGUNA DOMÍNGUEZ, "Comentario al artículo 19 CC", *Comentarios a las Reformas del Código Civil (Desde la Ley 21/1987, de 11 de noviembre, a la Ley 30/1991, de 20 de diciembre)*, Coord. RODRIGO BERCOVITZ RODRÍGUEZ-CANO, Madrid, Tecnos, 1993, p. 719.

<sup>32</sup> Ello, sin dejar de lado que en los regímenes de Derecho foral o especial procedentes de las Comunidades Autónomas con Derecho propio existen otras instituciones que no coinciden por completo con el contenido de la patria potestad del Código Civil, como es el caso de la autoridad familiar regulada en el Código de Derecho Foral de Aragón.

los términos previstos en el apartado 2<sup>33</sup> y con los requisitos del art.23 Cc. Aquí, hay que hacer notar que el art.20.1.a) ya no regula un supuesto de atribución de la nacionalidad española de origen, sino que reglamenta un caso de nacionalidad derivativa. La atribución de la patria potestad dependerá de lo dispuesto en el Convenio de la Haya de 1996, en materia de protección de menores, al que igualmente deriva el art.9.4.2 Cc.<sup>34</sup>.

**33.** Por último, cabe plantearse la hipótesis de que la adopción no superase los requisitos para ser reconocida en nuestro país y en consecuencia, no pudiera tener acceso al Registro Civil español (arts. 26, 27 y 29 LAI). Ante esta tesitura, la adopción no podría desplegar ninguno de sus efectos en nuestro país. En estos casos, la única posibilidad que tendría el adoptado de adquirir la nacionalidad española sería a través del art.21.2 en relación con el art.22.2.c) Cc, que regulan la adquisición de nacionalidad española por residencia, siendo suficiente el tiempo de un año para *“El que haya estado sujeto 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”*<sup>35</sup>.

#### IV. Cuestiones prácticas: Estudio de la RDGRN de 24 de Noviembre de 2017 (32<sup>a</sup>)

**34.** Hasta aquí se han analizado los aspectos más relevantes que suscita la inscripción de la adopción constituida por autoridad extranjera ante el Encargado del Registro Civil español, vinculada a la adquisición de la nacionalidad española por parte del adoptado. Ello, en particular por lo que respecta al reconocimiento incidental que, con carácter previo, debe efectuar el Encargado del Registro Civil español en los términos del art.27 en relación con el art.26.3 LAI. Seguidamente, se estudiará como ha puesto en práctica tales circunstancias la DGRN al abordar la cuestión en su Resolución de 24-11-2017. También se explicará aquí, brevemente, el alcance que ha otorgado el Centro Directivo al art. 26.5 LAI, como se ha advertido al comienzo de este trabajo.

<sup>33</sup> Conforme al art.22.2 Cc, en el caso de menores de catorce años o incapacitados, la opción a la nacionalidad española podrá ejercitarse por el representante legal del optante, con autorización del encargado del Registro Civil del domicilio del declarante y previo dictamen del Ministerio Fiscal. Dicha autorización se concederá en interés del menor o incapaz. Mientras, los mayores de catorce años o incapacitados, cuya sentencia de incapacitación así lo permita, ejercerán este derecho por medio de su representante legal. Por su parte, los menores emancipados y los mayores de dieciocho años podrán comparecer por sí mismos. El plazo para el ejercicio de la opción es de caducidad y así, caducará a los veinte años de edad, salvo que el optante no estuviera emancipado según su ley personal al llegar a los dieciocho años, en cuyo caso el plazo para optar se prolongará hasta que transcurran dos años desde la emancipación.

<sup>34</sup> Como ejemplo, puede citarse el de un adoptado en forma simple o no plena, dado que la adopción simple o no plena no puede ser objeto de inscripción en el Registro Civil español ni da derecho a la adquisición de la nacionalidad española de origen conforme al art.19 Cc. (art.30.3 LAI). Ello, siempre y cuando dicha adopción simple o no plena comporte como efecto la atribución de la patria potestad, en virtud del art.30.2 LAI.

De igual modo, existe otro dato a tomar en consideración: la noción de responsabilidad parental entendida conforme al CH 1996 (art.1.2) supone una realidad más amplia que la del concepto de patria potestad de nuestro Código Civil. Además, el término responsabilidad parental también es empleado en los arts.9.4.2, 154 (al hablar de la patria potestad) y 176.3, todos ellos del Cc.

<sup>35</sup> De igual manera, hay que puntualizar que, no resulta extraño que el menor adoptado resida en España junto con los adoptantes en el momento de proceder a la inscripción de la adopción en el Registro Civil español. Muy ilustrativa resulta sobre este particular la opinión de LARA AGUADO, quien pone de manifiesto que si bien es el reconocimiento de la adopción, junto con la inscripción registral, la que hace prueba de la existencia de un vínculo de filiación que daría derecho a la reagrupación familiar del menor adoptado, lo habitual es que los Consulados otorguen un tipo de visado del que se presume la existencia del vínculo de filiación entre el adoptante y el adoptado y ello, pese a que no se han verificado los controles necesarios para el reconocimiento de la adopción, en tanto que si tales controles ya se hubieran superado, no haría falta el visado. En palabras de esta autora se trata de *“los visados de residencia por reagrupación familiar con fines de adopción, que tienen su propia clave (RFA), distinta del código del visado de reagrupación familiar del régimen general, y que se obtienen una vez que los adoptantes han conseguido un informe certificado de la entidad pública correspondiente a su domicilio donde se acredita que está en trámites la adopción y que los adoptantes han obtenido la idoneidad, así como una Resolución de la Delegación o Subdelegación del Gobierno, según proceda, correspondiente a su domicilio, en la que se da la conformidad al certificado de idoneidad de los adoptantes”*. Igualmente, como expone LARA AGUADO de la documentación reseñada sólo puede presuponerse que la adopción generará algún tipo de vínculo entre el adoptante y el adoptado, si bien lo que no puede verificarse hasta el momento de proceder al reconocimiento incidental por parte del Encargado del Registro Civil español es si lo que se origina es un vínculo jurídico de filiación similar al de la filiación por naturaleza o si simplemente da lugar a la representación legal del menor. Vid. M.A. LARA AGUADO, *“Adopción internacional: relatividad de la equivalencia de efectos y sentido común en la interpretación del derecho extranjero”*, *Revista Española de Derecho Internacional* - Núm. LX-1, Enero 2008, pp.129-145.

**35.** En resumen, la citada resolución tiene como objeto la inscripción de nacimiento y opción a la nacionalidad española de una menor de edad, hija de una ciudadana ecuatoguineana, que, previamente, había adquirido la nacionalidad española por residencia. El Encargado del Registro Civil denegó la inscripción solicitada, al no haberse acreditado el hecho que se pretendía inscribir, en tanto que la solicitante no hizo constar la existencia de hijos menores en el momento en que tramitó su nacionalidad, a lo cual estaba obligada y a pesar de que, en aquel entonces, la optante era menor de edad.

**36.** Frente a la citada resolución, la interesada presenta recurso ante la DGRN, alegando que su hija fue adoptada con posterioridad a la tramitación del expediente de nacionalidad. La recurrente pretende acreditar dicha circunstancia mediante la aportación de un documento expedido por las autoridades de Guinea Ecuatorial, “denominado certificado de adopción”, en el que consta que la madre biológica de la menor la cede voluntariamente en adopción a la ahora recurrente, que, por lo demás, es hermana por vía materna de la progenitora.

**37.** Por su parte, el Centro Directivo argumentó en primer lugar que, en todo caso, habiendo sido la menor adoptada en Guinea Ecuatorial por una ciudadana española, lo procedente sería que entrase en juego el art.19.1 Cc, en lugar del art.20.1.a) Cc. Ahora bien, en segundo término, entiende la DGRN que la adopción extranjera no ha quedado acreditada, toda vez que la solicitante no ha aportado la resolución por la que se constituyó la adopción en Guinea Ecuatorial y habida cuenta que tampoco se cumple el requisito del art.26.3 LAI, que exige la previa declaración de idoneidad de la adoptante, siendo esta española y residente en España al tiempo de la adopción. Con fundamento en todo ello, el Centro Directivo finaliza aduciendo que no existe la correspondencia de efectos exigida por el artículo 26 de la Ley de Adopción Internacional para que pueda acceder al Registro Civil español. Nótese aquí que la adopción extranjera objeto del expediente se ha constituido al margen del CH 1993, de ahí que haya que proceder conforme a lo dispuesto en el párrafo segundo del art.27 LAI, es decir, verificando que la adopción reúne las condiciones de reconocimiento previstas en los artículos 5.1.e), 5.1.f) y 26.

**38.** A la vista de la argumentación del Centro Directivo, nada hay que objetar a la decisión de la DGRN cuando considera que el cauce por el cual la adoptada adquiriría, en su caso, la nacionalidad española sería el del art.19.1 Cc, en tanto que, en el momento en que se constituyó la adopción de la menor, la solicitante ya era ciudadana española. Cosa distinta hubiera sido que la adopción hubiera tenido lugar con anterioridad a la adquisición de la nacionalidad española por la ahora recurrente, en cuyo caso, sí que hubiera podido operar el mecanismo de la opción por la vía del art.20.1.a) Cc. Como se ha explicado, la diferencia estriba en que, en virtud del art.19.1 Cc, el adoptado menor de dieciocho años adquiere de forma automática la nacionalidad española de origen desde la adopción, mientras que lo que contempla el art.20.1.a) Cc es un caso de nacionalidad derivativa.

**39.** En segundo término, no hay que perder de vista que, al tiempo de realizar el control incidental, el Encargado del Registro Civil ha de verificar que el documento en el cual consta la adopción esté debidamente legalizado o apostillado, así como traducido al idioma oficial español, en tanto que así lo exige el art.26.5 LAI, al que conduce el art.27 LAI. No en balde, el art.23 LRC permite practicar la inscripción por certificación de asientos extendidos en Registros extranjeros, cuando no quepa duda de la realidad del hecho inscrito y de su legalidad conforme a la Ley española. Igualmente, la legislación registral exige que la inscripción se realice en lengua castellana, de ahí la necesidad de que la certificación extranjera esté debidamente traducida. Esto se complementa con lo dispuesto en los art.86 y 88 RRC, que requieren que los documentos expedidos por funcionarios extranjeros no redactados en castellano ni en ninguna de las lenguas oficiales de las Comunidades Autónomas, se acompañen de traducción o copia suficiente hecha por Notario, Cónsul, Traductor u otro órgano o funcionario competentes; así como que se aporten legalizados, salvo lo dispuesto en los Tratados internacionales<sup>36</sup>.

<sup>36</sup> Así se ha pronunciado también el Centro Directivo, por ejemplo, en la Resolución (2<sup>a</sup>) de 11 de julio de 2012 (LA LEY 243384/2012).

Por lo demás, la normativa registral española recoge una excepción en el art.89 RRC, de tal manera que el Encargado del

40. Conforme a lo anterior, resulta de todo punto razonable que la DGRN haya procedido a denegar la inscripción de la adopción extranjera, habida cuenta que la solicitante no aportó el documento acreditativo de la constitución de la adopción, sino tan solo un documento denominado certificado de adopción, expedido por el Registro Civil de una localidad de Guinea Ecuatorial, en el que consta que la madre biológica de la menor cede a su hija menor en adopción, a la ahora recurrente, que, además, es su hermana por vía materna.

41. Asimismo, el Centro Directivo constata que, al tiempo de la adopción, la solicitante era española y residente en nuestro país, motivo por el cual, en virtud del art.26.3 LAI, debería haber sido previamente declarada idónea por la Entidad Pública española competente. Nótese aquí como la DGRN ha dejado de lado la que vino siendo su doctrina tradicional durante la vigencia del art.9.5 Cc y conforme a la cual, como ya se ha explicado, se flexibilizaba la aplicación de este requisito, admitiendo la posibilidad de que la declaración de idoneidad tuviera lugar con posterioridad a la constitución de la adopción. En este punto, hay que precisar que no concurren en el presente caso ninguno de los supuestos previstos en el art.176.2 Cc para los cuales no se exige la propuesta previa de la Entidad Pública española, habida cuenta que, pese a ser la adoptada pariente en tercer grado por consanguinidad de la adoptante, no se cumple el requisito de que la menor sea huérfana.

42. Como consecuencia de los argumentos anteriores, el Centro Directivo concluye que la adopción extranjera no puede acceder al Registro Civil, habida cuenta que no existe la correspondencia de efectos exigida en el art.26 LAI. Semejante conclusión resulta completamente desacertada, toda vez que ni el párrafo 3 ni el 5 del citado precepto contienen previsión alguna sobre los efectos que debe desplegar la adopción española, que son los que derivan de los arts.108, 178.1 y 180.1 Cc. En consecuencia, el control de correspondencia de efectos que debe verificar el Encargado del Registro Civil español ha de ceñirse a lo dispuesto en el art.26.2 LAI y en concreto, hace referencia a que la adopción constituida por autoridad extranjera ha de instaurar entre adoptante y adoptado un vínculo jurídico de filiación equivalente al de la filiación por naturaleza, al mismo tiempo que comporta la ruptura de los vínculos de filiación entre el adoptado y su familia anterior, y además, es irrevocable.

## V. A modo de conclusión

43. Muchas son las cuestiones que se encuentran vinculadas al reconocimiento incidental de una adopción constituida por la competente autoridad extranjera. En el presente trabajo ha parecido oportuno detenerse en algunos de los problemas que suscita el control de validez que, sobre la base del art.27 LAI, ha de realizar el Encargado del Registro Civil, y al cual se supedita la adquisición de la nacionalidad española por parte del adoptado por un ciudadano español. A este respecto, se ha tomado como referencia la práctica de la DGRN y en concreto, la Resolución (32<sup>a</sup>) de 24 de Noviembre de 2017, que pone el acento en dos cuestiones específicas, cuales son la declaración de idoneidad de los adoptantes y el cumplimiento de las exigencias formales de autenticidad del documento en el que consta la adopción constituida por autoridad extranjera.

44. En cuanto a la idoneidad de los adoptantes, hay que dejar bien sentado que no se trata de establecer un estereotipo de adoptante, en función del cual el éxito de la adopción ya estaría asegurado. Antes

---

RCE puede no exigir la legalización de los documentos si le consta directamente su autenticidad o también, si tales documentos le han llegado por vía oficial o por diligencia bastante. A pesar de lo dicho, el trámite de la legalización se sustituye por la apostilla del Convenio de La Haya de 5 de octubre de 1961 sobre supresión de la exigencia de legalización de los documentos públicos extranjeros, en aquellos casos en que los documentos hayan sido expedidos por autoridades procedentes de Estados parte de este Convenio. Del mismo modo, el requisito queda dispensado para los casos cubiertos por el Convenio de Atenas de 15 de septiembre de 1977 sobre dispensa de legalización de ciertos documentos, de la Comisión Internacional de Estado Civil. Vid. J.M. DÍAZ FRAILE, "Problemas actuales.... *cit*", p. 141. Este mismo autor señala que la legalización compete al Encargado del Registro Civil consular español o al Cónsul del país extranjero en España. Igualmente, consúltese, Res-Circular DGRN 15-6-2006, antes referenciada.

al contrario, el objetivo de la declaración de idoneidad consiste en verificar que los futuros adoptantes poseen las condiciones tanto de tipo jurídico como de índole psicosocial que acrediten que se encuentran capacitados para asumir las obligaciones derivadas de la filiación y de las relaciones paternofiliales.

**45.** En este sentido, hay que tener en cuenta que lo que se declara no es simplemente la idoneidad para la paternidad, sino la idoneidad para la adopción de un niño que trae su propia historia, procedente, por lo general de una situación de abandono o desamparo, con las consiguientes dificultades que ello conlleva. Se trata, pues, de algo diferente que ser padre natural, razón por la cual se debe garantizar que los adoptantes van a ser capaces de asumir con éxito la paternidad adoptiva. Por tanto, la intervención de la Entidad Pública se justifica en la exigencia de garantizar que la adopción se ordene desde el punto de vista del interés del menor, de su situación y sus necesidades, y nunca desde los deseos de aquellos que quieren convertirse en padres, dado que, como se ha explicado, se trata de un asunto que traspasa el ámbito de lo privado. Ello, por cuanto nadie tiene derecho a adoptar ni a ser declarado idóneo.

**46.** Como consecuencia de esto, es necesario buscar los mecanismos necesarios para desincentivar posibles conductas abusivas o fraudulentas y evitar que se soslayen los trámites de la declaración de idoneidad en aquellos supuestos en que las autoridades españolas tengan competencia para su formulación. Esta es, justamente, la finalidad perseguida por el art.26.3 LAI, que, como regla general, condiciona el reconocimiento de las adopciones constituidas por autoridades extranjeras en las que el adoptante es español y residente en España a la obtención de la previa declaración de idoneidad por parte de la Entidad Pública española competente.

**47.** A este respecto, cabe precisar que si el legislador español ha descartado expresamente la posibilidad de que el certificado de adopción se emita después de haberse decretado la adopción en el extranjero, es para impedir que los solicitantes con pocas posibilidades de ser declarados idóneos en España se desplacen a países donde este requisito no se controla de forma estricta, constituyendo allí una adopción e instando el posterior reconocimiento en España. De este modo, se equiparan en este punto las adopciones constituidas al margen del CH 1993 con las cubiertas por el sistema de reconocimiento del art.23 CH 1993, toda vez que se encuentran sometidas a idénticas garantías. Ello, habida cuenta que el Convenio no permite que las adopciones tengan lugar hasta que la Autoridad competente del Estado de recepción haya constatado que los futuros padres adoptivos resultan adecuados y aptos para adoptar, llegando al extremo de que las Autoridades del Estado de origen no pueden entregar al niño si no se ha acreditado esta circunstancia (arts. 5.a) y 17. d) CH 1993).

**48.** Las anteriores consideraciones se hacen todavía más patentes en el supuesto del reconocimiento incidental al que se refiere el art.27 LAI, puesto que el control de validez de las adopciones constituidas por países signatarios del CH 1993 se verifica a través de la certificación que acredita que se ha constituido conforme al Convenio (arts.23 y 24 CH 1993). Las garantías que ofrece una adopción certificada conforme al CH 1993 son indudablemente mayores que las que ofrecen las adopciones acordadas en un Estado no contratante, de ahí que el propio art.27 LAI supedita el reconocimiento al cumplimiento de lo dispuesto en los arts. 5.1.e), 5.1.f) y 26 LAI.

**49.** Estos argumentos se hacen extensibles a los requisitos de regularidad formal y autenticidad del documento por el que se acredita la constitución de la adopción extranjera, recogidos en el párrafo 5 del art.26 LAI y que, por lo demás, también están presentes en la legislación registral española. Esta exigencia, al igual que todas las contempladas en el art.26 LAI tienen por objeto garantizar que la adopción se ha acordado válidamente en el Estado de origen. Es lo más razonable, habida cuenta que, atendiendo al art.2, el objetivo de la LAI es garantizar que todas las adopciones internacionales tengan lugar en consideración al interés del menor y toda vez que la finalidad de esta norma consiste en la protección de los derechos de los menores objeto de adopción.

**50.** En otro orden de cosas, tampoco hay que olvidar que cuando la adopción se decreta por autoridad extranjera constituye un hecho ocurrido fuera de España, cuyo asiento sirve de base a inscrip-

ciones marginales exigidas por el Derecho español, como es el caso de la adquisición de la nacionalidad española por el adoptado. Es en el momento de instar la correspondiente inscripción cuando el Encargado del Registro Civil español efectuará el control de validez de la adopción extranjera. En la práctica, resulta lógico que no se otorgue la nacionalidad española cuando no se cumplen los presupuestos de validez de la adopción extranjera de la que trae causa, en aplicación del art. 27 LAI. Esto es lo que acuerda el Centro Directivo en su Resolución (32<sup>a</sup>) de 24 de Noviembre de 2017, de la cual se desprende que no ha quedado acreditada la filiación adoptiva por no haberse superado los controles de validez previstos en el art.26.3 y 5 LAI y en consecuencia, no cabe que la adoptada adquiera la nacionalidad española de origen en virtud del art.19.1 Cc.

**51.** Por último, cabe señalar que, a pesar de que el Centro Directivo ha declarado que no ha lugar a la atribución de la nacionalidad española de origen a la menor de dieciocho años, adoptada por la solicitante española, (art.19.1 LAI), ello no obsta para la adquisición de la nacionalidad española por otras vías, como pudiera ser la prevista en el art.21.2 en relación con el art.22.2.c) Cc.

# LA INSEGURIDAD JURÍDICA DERIVADA DE LA INSUFICIENTE REGULACIÓN DE LA GESTACIÓN SUBROGADA EN ESPAÑA

## LEGAL INSECURITY ARISING FROM THE INSUFFICIENT REGULATION OF SURROGACY IN SPAIN

SILVIA VILAR GONZÁLEZ

*Doctora internacional en Derecho por la Universitat Jaume I de Castellón  
Profesora de la Universidad Internacional de La Rioja*

Recibido: 17.06.2019 / Aceptado: 22.07.2019

DOI: <https://doi.org/10.20318/cdt.2019.5023>

**Resumen:** La regulación legal española de la gestación subrogada, por la que cualquier acuerdo que la tenga por objeto será declarado nulo de pleno derecho, no evita que las familias españolas recurran a ella en países extranjeros donde su práctica es legal, para hacer realidad su voluntad procreativa. Los mecanismos legales que, de forma parcial y cambiante, se han ido implementando en nuestro país para, en determinadas circunstancias, permitir la inscripción del nacimiento y filiación de los niños nacidos en el extranjero a favor de sus padres intencionales, suponen una grave inseguridad jurídica y una clara incongruencia de nuestro marco legislativo. Por ello, resulta extremadamente necesario crear las instituciones adecuadas que otorguen respuesta a las nuevas necesidades planteadas y protejan los intereses personales en juego.

**Palabras clave:** gestación por sustitución, filiación, interés superior del menor, autonomía de la voluntad, inseguridad jurídica.

**Abstract:** The current legal situation on surrogacy in Spain, prescribing that any agreement aimed at such process shall be declared null and void, does not prevent Spanish families from going abroad to fulfil their procreation will through this technique. The partial and changing legal mechanisms that have been implemented in our country to allow, in certain circumstances, the birth registration as well as the filiation of the child born abroad through surrogacy in favour of the intended parents, leads to a serious legal uncertainty and to a clear incongruence of our legislative framework. Thus, it is extremely necessary to create the appropriate institutions that may give response to the new stated needs and protect the personal interests affected.

**Keywords:** surrogacy, filiation, best interests of the child, autonomy of the will, legal uncertainty.

**Sumario:** I. Introducción. II. Evolución de las ciencias biomédicas y el nuevo principio “*mater non semper certa est*”. III. La insuficiente regulación legal de la gestación subrogada en el ordenamiento jurídico español. IV. Consideraciones finales

### I. Introducción

1. La nulidad de pleno derecho con la que el artículo 10 de la Ley española 14/2006, de 26 de mayo, sobre Técnicas de Reproducción Humana Asistida (LTRHA)<sup>1</sup>, sanciona a los contratos que ten-

<sup>1</sup> Ley 14/2006, de 26 de mayo, sobre técnicas de reproducción humana asistida, BOE nº. 126 de 27 mayo 2006.

gan por objeto la técnica de la gestación por sustitución, no vela por el interés superior de los menores que nacerán como consecuencia de este tipo de acuerdos, ni tampoco evita que su práctica se continúe llevando a cabo, cada vez más, tanto dentro como fuera de nuestras fronteras, como veremos, ni evita los múltiples problemas a los que se enfrentan las familias que recurren a la misma en aquellos países que cuentan con legislaciones menos precisas e inseguras.

2. La gran variedad y diversidad de legislaciones nacionales en la materia, existentes en los distintos países –o bien, ausencia de previsiones normativas al efecto–, unido a la ausencia de un marco regulador de carácter internacional que garantice el mencionado interés superior de los menores, la libertad, dignidad e integridad física y moral de las gestantes, o los derechos de los padres intencionales, genera una notable inseguridad jurídica para todos ellos.

3. Tras comenzar mencionando el gran avance que se ha producido en las técnicas biomédicas, que ha hecho posible la ruptura del tradicional concepto de filiación, trataremos de demostrar la incongruencia e insuficiencia de la regulación legal española en esta materia, así como la necesidad de que se adopten previsiones normativas precisas que hagan frente a esta realidad y que protejan a todas las partes intervinientes en el proceso, especialmente, a las más débiles y vulnerables, como son la gestante o los futuros niños.

4. Todo ello permitirá, en cierto grado, prevenir la explotación o posibles abusos que un estado de necesidad o de pobreza pudiera llevar a ciertas personas a suscribir un acuerdo de este tipo para, con ello, cubrir las necesidades económicas personales y familiares que pudieran tener en cada momento.

## II. Evolución de las ciencias biomédicas y el nuevo principio “*mater non semper certa est*”

5. El concepto de filiación, inicialmente concebido como un elemento indisponible y definitorio del estado de las personas, la evolución de las costumbres y el progreso de las ciencias biomédicas, acompañado todo ello de constantes reivindicaciones sociales relacionadas con el derecho a la libertad o a la autonomía de la voluntad, han hecho posible que dicho concepto haya devenido cada vez más autónomo y dependiente de la voluntad particular, al ser la procreación fruto de una elección consciente en que las parejas programan el crecimiento del núcleo familiar.

6. Tradicionalmente, la filiación se orientaba hacia la defensa del vínculo institucional del matrimonio y hacia la protección de la familia “legítima”, preocupándose poco por la verdad biológica o por la verdad afectiva, o incluso por la coincidencia entre ambas. La determinación de la maternidad venía –y en muchos casos continúa haciéndolo– concretada por el parto, existiendo también diversos mecanismos indiciarios y formales que otorgaban relativa certidumbre a la filiación paterna<sup>2</sup>.

7. Pero los cambios en las estructuras familiares han llevado a un necesario ajuste en el campo del Derecho que ha dado cabida, ya no sólo al modelo de familia “natural”, en el que la pareja conyugal, la progenitora y la parental coincidían en una misma realidad<sup>3</sup>, sino también a los mencionados nuevos modelos de familia que se apoyan en la reivindicación creciente de la voluntad individual, en la evolución de la legislación o en las nuevas técnicas de reproducción asistida, que quiebran el concepto tradicional de filiación<sup>4</sup>.

<sup>2</sup> S. TAMAYO HAYA, “Hacia un nuevo modelo de filiación basado en la voluntad en las sociedades contemporáneas”, *Revista Digital Facultad de Derecho*, n.º 6, 2013, pp. 263-265.

<sup>3</sup> B. MONCÓ REBOLLO et al., “La importancia de nombrar. El uso de la terminología de parentesco en las familias reconstituidas”, *Gazeta de Antropología*, n.º 23, 2007, pp. 1-14 ([www.ugr.es](http://www.ugr.es)).

<sup>4</sup> S. TAMAYO HAYA, “Hacia un nuevo modelo de filiación basado en la voluntad en las sociedades contemporáneas”, *Revista Digital Facultad de Derecho*, n.º 6, 2013, p. 263.



8. Hasta hace muy poco tiempo, resultaba impensable que la mujer que daba a luz, no fuera la misma persona que hubiera aportado el óvulo para la fecundación<sup>5</sup>, por lo que las normas existentes para determinar la filiación por naturaleza tenían su fundamento, única y exclusivamente, en la verdad biológica con respecto de la madre, estableciéndose, con respecto del padre, diversos mecanismos jurídicos dirigidos a propiciar la adecuación entre la filiación jurídica y la biológica, que hacían posible investigar la paternidad.

9. Sin embargo, con la irrupción en el panorama biomédico actual de las técnicas de reproducción asistida, se genera la necesidad de establecer también acciones que permitan investigar la maternidad, dado que surge la posibilidad de disociar o deconstruir dicha maternidad en tres elementos: el genético, el gestacional y el volitivo, que podrán o no coincidir en una misma mujer, dependiendo de quién hubiera aportado el óvulo para la procreación, quién hubiera desarrollado la labor de gestación o a quién se atribuya, finalmente, la función jurídico-social de la maternidad<sup>6</sup>.

10. Con todo ello se añade una mayor complejidad a la cuestión pacífica de la certeza asociada a la maternidad natural, derivada de la gestación y del parto y que se asentaba tradicionalmente en la máxima pauliana “*mater semper certa est*”<sup>7</sup>, dando paso a un nuevo principio que podríamos denominar “*mater non semper certa est*”<sup>8</sup>, el cual plantea grandes retos, tanto de cara al legislador, como para los intérpretes del Derecho.

11. En dicho sentido, no se puede obviar, como acertadamente apunta S. TAMAYO HAYA, que “la filiación es un concepto jurídico y no biológico, o en todo caso no exclusivamente biológico. El principio de veracidad biológica no es el único que debe ser tomado en consideración, sino que en ocasiones debe ceder ante otros, que representan valores igualmente protegibles: el principio de interés superior del menor y el de seguridad de las relaciones de filiación”<sup>9</sup>.

12. No obstante, el tradicional principio “*mater semper certa est*”, que vincula indisolublemente la determinación legal de la filiación con el hecho biológico del parto<sup>10</sup>, continúa siendo el criterio predominante en los ordenamientos jurídicos que prohíben expresamente la gestación por sustitución, como sucede en España, Italia<sup>11</sup>, Alemania<sup>12</sup> o Francia<sup>13</sup>, entre otros.

<sup>5</sup> M.A. SOTO LAMADRID, *Bioética, filiación y delito. La fecundación artificial y la experimentación genética ante el Derecho*, Ed. Astrea, Buenos Aires (Argentina), 1990, pp. 46-48.

<sup>6</sup> E. FARNÓS AMORÓS, “La filiación derivada de la reproducción asistida: voluntad y biología”, *Anuario de Derecho Civil (ADC)*, vol. 68, n.º 1, 2015, p. 9.

<sup>7</sup> M.T. DUPLA MARTÍN, “El principio *mater semper certa est* ¿a debate? La nueva legislación sobre reproducción asistida y sus consecuencias”, en P. RESINA SOLA, *Fundamenta Iuris. Terminología, principios e interpretatio*, Universidad de Almería, Almería, 2012, p. 320.

<sup>8</sup> F.P. SISTO, “*Mater non semper certa est: la gestazione per conto terzi fra (pieni di) scienza e (vuoti di) legislazione*”, *Diritto di Famiglia e delle Persone*, vol. 16, 1987, p. 1467.

<sup>9</sup> S. TAMAYO HAYA, “Hacia un nuevo modelo de filiación basado en la voluntad en las sociedades contemporáneas”, *Revista Digital Facultad de Derecho*, n.º 6, 2013, p. 306 a 307.

<sup>10</sup> E. LAMM, *Gestación por sustitución. Ni maternidad subrogada ni alquiler de vientres*, Universitat de Barcelona, Publicacions i Edicions, Barcelona, 2013, p. 31.

<sup>11</sup> Donde el artículo 12.6 de su Ley n.º 40, de 19 febrero 2004, sobre Normas en materia de Procreación Médicamente Asistida, castiga con penas de prisión de entre tres meses y dos años, y multas de entre seiscientos mil hasta un millón de euros a cualquier persona que produzca, intermedie o anuncie la venta de gametos o embriones o la gestación por sustitución.

<sup>12</sup> Los artículos 1 y 2 de la Ley alemana para la Protección de Embriones (ESchG) de 1990 castiga a los profesionales médicos que hagan un uso inadecuado de embriones humanos y de técnicas de reproducción asistida dirigidas a la gestación subrogada, pero eximiendo expresamente de responsabilidad a la donante del ovocito. Asimismo, los artículos 13c, 13d, 14 y 14b de la Ley alemana de Adopciones y de Prohibición en la Intermediación de la Gestación por Sustitución (AdVerMiG) de 1976, también establecen penas de prisión de hasta tres años o multa para todos aquellos que intermedien o publiciten servicios relacionados la gestación subrogada, pero eximiendo de responsabilidad, tanto a la gestante, como a los padres de intención. No obstante, si igualmente se llevase a cabo un proceso de gestación subrogada en territorio germano, conforme a lo dispuesto en el artículo 1591 del Código Civil alemán (BGB) de 1896 se considerarán padres legales del niño nacido, a la mujer que dio a luz y a su esposo, o bien, a quien hubiera reconocido expresamente la paternidad, o a aquel a quién se le hubiera atribuido judicialmente la misma (art. 1592 BGB).

<sup>13</sup> La gestación subrogada se prohíbe expresamente en Francia por la Ley n.º 94-653, de 29 de julio de 1994, sobre el Respeto al Cuerpo Humano.

13. Por otra parte, también es necesario tener en consideración que la filiación ya no constituye únicamente un vínculo individual entre el niño y cada uno de sus progenitores, sino que, al mismo tiempo, circunscribe al menor en una familia y en un cierto orden social, por lo que el Derecho debería posibilitar, frente a la verdad biológica, configurar jurídicamente la voluntad como vínculo que otorgue efectos relacionados con el parentesco –al igual que sucede en los supuestos de adopción–, excluyendo el principio de indisponibilidad que suele regir en esta materia.

14. Convertir a la filiación en una institución jurídica ligada al hecho volitivo de tener un hijo y de asumir tal responsabilidad, más allá del mero acto fisiológico de la procreación o del parto, haría posible integrar al menor en la familia que le ha deseado y que ha manifestado un compromiso parental, una responsabilidad asumida por una elección, voluntaria y no solamente por imperativo legal, independientemente de las circunstancias relativas a su concepción, asegurando de este modo la estabilidad y seguridad en las relaciones<sup>14</sup>.

15. Las mencionadas cuestiones afectan, no sólo al orden científico y al jurídico, sino también al social, dado que se precisan nuevas fórmulas de razonamiento, nuevas intuiciones, principios, enfoques y tratamientos que protejan los intereses personales en juego, siendo necesario fijar límites adecuados que otorguen respuesta a los múltiples conflictos legales, éticos, médicos o sociales que van surgiendo en el camino<sup>15</sup> y precisándose nuevas figuras que, basándose en la intención o voluntad de las partes, posibiliten separar la filiación biológica de la jurídica.

### III. La insuficiente regulación legal de la gestación subrogada en el ordenamiento jurídico español

16. En la actualidad, en el ordenamiento jurídico español tan solo el artículo 10 de la Ley 14/2006, de 26 de mayo, sobre Técnicas de Reproducción Humana Asistida, hace referencia a la gestación por sustitución al establecer que todos los contratos por los que se convenga dicha gestación, con o sin precio, a cargo de una mujer que renuncie a la filiación materna a favor del contratante o de un tercero, se hallarán sancionados con la nulidad de pleno derecho.

17. Por ello, y con fundamento en el principio “*quod nullum est nullum effectum producit*”<sup>16</sup>, si se llevara a cabo en España un contrato de este tipo, la filiación de los nacidos quedaría determinada a favor de la mujer que hubiera dado a luz al niño.

18. En el apartado tercero del mencionado artículo, se deja a salvo una “posible acción de reclamación de la paternidad respecto del padre biológico, conforme a las reglas generales” (art. 10.3 LTRHA).

19. Pese al contenido de las mencionadas disposiciones legales, ello no obsta para que esta sea una figura a la que cada vez más familias españolas recurran en países extranjeros donde su práctica está permitida, como sucede con algunos Estados de EEUU –como California<sup>17</sup> o Illinois<sup>18</sup>–, o en países

<sup>14</sup> C.C. VALDÉS DÍAZ, “La maternidad subrogada y los derechos de los menores nacidos mediante el uso de esas técnicas”, *Anuario de la Facultad de Derecho*, n.º 31, 2014, pp. 263-265 y pp. 306-307.

<sup>15</sup> C. ARTETA ACOSTA, “Maternidad subrogada”, *Revista Ciencias Biomédicas*, vol. 2, n.º 1, 2011, pp. 91-92.

<sup>16</sup> F.J. JIMÉNEZ MUÑOZ, *La reproducción asistida y su régimen jurídico*, Reus, Madrid, 2012, p. 113.

<sup>17</sup> Estado en el que se acepta esta figura, incluso bajo sus modalidades tradicional y comercial, tal y como resulta de la División 12 “Parent and child relationship” (Sections 7500-7961) del Código de Familia californiano.

<sup>18</sup> Que cuenta con legislación muy permisiva reguladora, desde la firma del convenio, hasta la emisión de los certificados de nacimiento. Sin embargo, tan solo permite acceder a la gestación subrogada a personas que hayan aportado sus propios gametos –bastando con que solo una de ellas lo hubiera hecho, en el caso de parejas heterosexuales–. Véase la “Illinois Gestational Surrogacy Act” (750 ILCS 47/).

como Rusia<sup>19</sup>, Ucrania<sup>20</sup>, Portugal<sup>21</sup>, Reino Unido<sup>22</sup> o Grecia<sup>23</sup>, entre otros. Sin embargo, resulta necesario señalar que las personas que puedan permitirse desplazarse hasta aquéllos lugares más seguros jurídicamente, pero también mucho más costosos a nivel económico, se enfrentarán a menos problemas que aquellas otras personas que no tengan más remedio que terminar en países menos desarrollados, donde pueden verse expuestas a mafias o a mercados negros derivados de la mercantilización de la filiación, de la explotación de posibles gestantes e incluso del tráfico de menores, con todos los riesgos que estas situaciones llevan asociados y con la gran inseguridad jurídica que ello supone.

**20.** El problema surge cuando estas personas pretenden regresar a España acompañadas de sus hijos recién nacidos, tratando de obtener, para ello, un pasaporte español de los menores. Así, en algunos de estos supuestos, los padres intencionales habrán podido conseguirlo sin demasiados problemas, acogiendo a las soluciones jurídicas que, de forma parcial y cambiante, pero no menos valiente, ha ido habilitando la Dirección General de los Registros y del Notariado en los últimos años. Sin embargo, en algunos otros supuestos, los padres intencionales se habrán encontrado con la negativa de las secciones consulares del Registro Civil correspondiente a expedir el pasaporte de los menores, lo que atrapa a estas familias durante largos periodos de tiempo en los respectivos países en los que se ha llevado a cabo el proceso, pese a poder demostrar que el niño se halla genéticamente vinculado con uno, o incluso con los dos progenitores en la gran mayoría de los supuestos, y pese a que, finalmente, el Estado español no ha tenido más remedio que brindar algún tipo de solución a las situaciones de hecho creadas, atendiendo al interés superior del menor.

**21.** Entre las mencionadas soluciones habilitadas por parte de la Dirección General de los Registros y del Notariado, destacan, entre otras:

- la pionera Resolución de 18 de febrero de 2009<sup>24</sup>, en la que se ordenaba la inscripción en el Registro Civil consular español de Los Ángeles de dos niños nacidos en California como consecuencia de un contrato de gestación por sustitución;
- la Instrucción de 5 de octubre de 2010<sup>25</sup>, que endureció el régimen registral de inscripción de la filiación de los nacidos por gestación subrogada;
- la Circular-informe de 11 de julio de 2014<sup>26</sup>, que mantuvo la plena vigencia de la Instrucción de octubre de 2010;
- o la reciente Instrucción de 14 de febrero de 2019<sup>27</sup>, sobre actualización de dicho régimen registral de filiación, que introducía la posibilidad de “acceder a la inscripción de la filiación paterna resultante del reconocimiento de paternidad hecho de conformidad con los requisitos exigidos por la ley aplicable para su plena validez y eficacia”<sup>28</sup>, careciendo de

<sup>19</sup> La Ley Federal sobre los Fundamentos de la Protección de la Salud de los Ciudadanos del año 2011, es uno de los principales textos normativos en esta materia, al contemplar la gestación por sustitución como uno de los posibles tratamientos médicos contra la infertilidad.

<sup>20</sup> País en el que la gestante no tendrá ningún tipo de derecho sobre el menor y se atribuirá la filiación a los padres intencionales, directamente, desde el mismo momento del nacimiento, conforme a lo dispuesto en el artículo 123.2 del Código de Familia ucraniano.

<sup>21</sup> Donde se ha legalizado la figura de la gestación subrogada mediante la Ley 25/2016, de 22 de agosto, que regula el acceso a la gestación de sustitución, procediendo a la tercera alteración de la Ley 32/2006, de 26 de julio, de procreación médicamente asistida, pero cuyos efectos se hallan en suspenso hasta que se revisen y reajusten determinados aspectos de dicha Ley considerados inconstitucionales por la sentencia nº. 225/2018, de 17 julio 2018, dictada por el Tribunal Constitucional luso (Proceso nº. 95/17).

<sup>22</sup> Regulada, principalmente, por la “Surrogacy Arrangements Act”, 1985 y por la “Human Fertilisation and Embryology Act”, 2008.

<sup>23</sup> Permitida bajo sus modalidades altruista y comercial, en base a la Ley griega 3089/2002, sobre Reproducción Humana Médicamente Asistida.

<sup>24</sup> Resolución DGRN, Registro Civil, de 18 febrero 2009 (disponible en: RJ 2009/1735).

<sup>25</sup> Instrucción DGRN de 5 octubre 2010, sobre régimen registral de la filiación de los nacidos mediante gestación por sustitución, BOE nº. 243 de 7 octubre 2010.

<sup>26</sup> Mencionada expresamente en la STS 25 octubre 2016 (881/2016, Sala de lo Social, Pleno).

<sup>27</sup> Instrucción DGRN de 14 febrero 2019, sobre actualización del régimen registral de la filiación de los nacidos mediante gestación por sustitución.

<sup>28</sup> *Ibid.*, p. 14.

una previa sentencia obtenida en un procedimiento judicial de reclamación de filiación pero contando con “pruebas adicionales que a juicio del cónsul encargado del Registro Civil sean suficientes para dejar inequívocamente acreditada dicha filiación paterna, pudiendo a tal efecto aportarse, por cuando por sí mismas resultarían bastantes, unas pruebas médicas y analíticas inequívocas (de ADN) obtenidas en condiciones de plenas garantías científicas y jurídicas, tanto en cuanto a los centros o laboratorios que realicen las correspondientes pruebas y análisis, como en cuanto al procedimiento seguido y la cadena de custodia de las muestras de ADN”<sup>29</sup>. Sin embargo, esta Instrucción fue rápidamente dejada sin efecto, mediante un comunicado emitido por el Ministerio de Justicia español<sup>30</sup> en poco más de 24 horas, derogación que fue reiterada mediante la Instrucción de la Dirección General de los Registros y del Notariado de 18 de febrero de 2019<sup>31</sup>, esta última con evidentes contradicciones jurídicas<sup>32</sup>. Ello supone el mantenimiento de la vigencia de lo dispuesto en la Instrucción de 5 de octubre de 2010 citada.

**22.** La postura del Ministerio de Justicia español, rechazando la posibilidad de inscribir los nacimientos y filiación de los niños nacidos en el extranjero a través de la técnica que nos ocupa, acompañando una prueba de ADN acreditativa de la paternidad o maternidad de uno de los progenitores a la certificación registral extranjera, vulnera, a nuestro parecer, el principio del interés superior del menor, dado que en la mayoría de estos supuestos, muy probablemente, además de la mencionada vinculación genética, se habrá cumplido con la normativa legal vigente de los respectivos países extranjeros, no se habrá vulnerado el derecho de los menores, ni tampoco la dignidad de las gestantes, por lo que no cabe la posibilidad de alegar una contravención del orden público internacional español<sup>33</sup>.

**23.** Es más, no permitir practicar la inscripción del nacimiento y filiación en el Registro Civil de los nacidos a partir de esta técnica, vulnera el derecho de todo niño a preservar su identidad personal afirmada en la Convención sobre los Derechos del Niño de las Naciones Unidas, lo que incluye el derecho a ser inscrito inmediatamente tras su nacimiento en el Registro correspondiente, así como a la atribución de un nombre, la adquisición de una nacionalidad y, en la medida de lo posible, a conocer a sus padres, ser cuidado por ellos y contar con un vínculo paterno-filial que les permita relacionarse con sus familiares conforme a la ley, sin sufrir injerencias indebidas<sup>34</sup>.

**24.** En todos estos supuestos debe quedar claro que la cuestión no radica en determinar la filiación de los niños nacidos por gestación subrogada en el extranjero, sino en “decidir si una filiación ya establecida legalmente en el extranjero e inscrita en un Registro civil extranjero debe aceptarse o no en España y acceder o no al Registro civil español”<sup>35</sup>, es decir, en torno a la validez extraterritorial de las decisiones extranjeras.

<sup>29</sup> Ibid., pp. 14-15.

<sup>30</sup> Véase el comunicado de 16 febrero de 2019 “Justicia deja sin efecto la instrucción enviada a los registros consulares sobre gestación subrogada en el extranjero”, disponible en: <https://www.lamoncloa.gob.es/serviciosdeprensa/notasprensa/justicia/Paginas/2019/160219gestacion-subrogada.aspx>, última consulta: 10/04/2019.

<sup>31</sup> Instrucción DGRN de 18 febrero 2019, sobre actualización del régimen registral de la filiación de los nacidos mediante gestación por sustitución, BOE nº. 45 de 21 febrero 2019.

<sup>32</sup> A.J. VELA SÁNCHEZ, “Análisis estupefacto de la Instrucción de la DGRN de 18 de febrero de 2019, sobre actualización del régimen registral de la filiación de los nacidos mediante gestación por sustitución”, *Diario La Ley*, nº. 9453, 2019.

<sup>33</sup> 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*, vol. 7, nº. 2, octubre 2015, p. 78.

<sup>34</sup> Conforme establecen los artículos 7 y 8 de la Convención sobre los Derechos del Niño, así como del artículo 3 del referido instrumento normativo que requiere a los Estados parte que adopten cuantas medidas legislativas o administrativas fuera necesario para atender el interés superior de los niños, comprometiéndose a asegurar la protección y el cuidado que precisen para su bienestar.

<sup>35</sup> 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*, vol. 7, nº. 2, octubre 2015, p. 56.

25. Tal y como ha venido afirmando el Tribunal Europeo de Derechos Humanos desde las sentencias de los casos *Mennesson*<sup>36</sup> y *Labassee c. France*<sup>37</sup>, ambas de 26 de junio de 2014, y conforme a las normas del derecho internacional privado, “el interés superior del menor es un concepto que debe plasmarse de forma indubitada en el establecimiento de la filiación, haciendo posible desde el nacimiento del niño que su filiación quede acreditada, sin que ello pueda verse afectado por el diferente tratamiento normativo sobre la gestación por sustitución que pueda haber en el país en que residen los padres intencionales y donde residirá el propio menor”<sup>38</sup>.

26. Asimismo, tal y como han afirmado A.L. CALVO CARAVACA y J. CARRASCOSA GONZÁLEZ, “[m]ientras que el TS emplea un orden público antiguo anclado en la férrea defensa de la legalidad española y del modelo español de filiación considerado en abstracto, el TEDH se mueve en una dimensión totalmente diferente [defendiendo] los derechos individuales y no la autoridad de la Ley [y apostando] por el interés del menor”<sup>39</sup>. Como señalan los indicados autores, para proteger el derecho a la vida y a la identidad personal transfronteriza de los niños nacidos a partir de esta técnica, la intervención del orden público internacional frente a las decisiones extranjeras relativas al establecimiento de las filiaciones de estos, deberá ser siempre razonada y proporcionada<sup>40</sup>, no pudiéndose pretender la aplicación del Derecho sustantivo español, en cualquier caso, ni otorgarle la consideración de “norma internacionalmente imperativa”<sup>41</sup>.

27. Resulta también necesario mencionar que, la nulidad de pleno derecho con la que se sanciona jurídicamente a este tipo de contratos en nuestro país, no evita tampoco que, aunque en menor medida, su práctica se lleve a cabo también dentro de nuestras fronteras, de forma clandestina, tal y como puede comprobarse con la noticia de prensa sobre la “operación princesita”<sup>42</sup>, que salió a luz en el mes de noviembre de 2016 y que concluyó con la detención en la provincia de Cádiz de tres personas, esto es, de una mujer gestante, así como de la pareja homosexual integrada por dos hombres que había efectuado el encargo. O también puede deducirse su práctica en España, a partir de manifestaciones vertidas por parte de diversos abogados en Internet en las que afirman conocer algunos casos llevados a cabo en nuestro país<sup>43</sup>.

28. Tampoco resulta en absoluto congruente jurídicamente el hecho de que, pese a la mencionada nulidad de pleno derecho, en reiterada jurisprudencia de la Sala de lo Social del Tribunal Supremo<sup>44</sup>, se haya admitido la posibilidad de que, una vez inscritos este tipo de nacimientos, por analogía, los padres intencionales puedan acceder a todas las prestaciones y derechos que se derivan de la paternidad o maternidad<sup>45</sup>.

29. En definitiva, la irrupción de las novedosas técnicas de reproducción asistida en el panorama biomédico actual, como hemos visto, ha quebrado claramente la tradicional máxima romana “*mater semper certa est*”, lo que lleva a que no tenga ningún sentido seguir otorgando más relevancia

<sup>36</sup> STEDH 26 junio 2014 (Case *Mennesson v. France*, Application n.º 65192/11, Fifth section).

<sup>37</sup> STEDH 26 junio 2014 (Case *Labassee v. France*, Application n.º 65941/11, Fifth section).

<sup>38</sup> A. DURÁN AYAGO, “Sentencias del Tribunal Europeo de Derechos Humanos, caso *Mennesson c. France* (n.º 65192/11) y caso *Labassee c. France* (n.º 65941/11), de 26 de junio de 2014”, *Ars Iuris Salmanticensis*, vol. 2, 2014, p. 280.

<sup>39</sup> 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*, vol. 7, n.º. 2, octubre 2015, p. 45.

<sup>40</sup> *Ibid.*

<sup>41</sup> *Ibid.*, p. 55.

<sup>42</sup> Véase la noticia titulada “Detenidas una pareja de hombres y una madre por la venta de una recién nacida por gestación subrogada”. *El País*. 2016.

<sup>43</sup> Véase J.A. MARFIL GÓMEZ, Ponencia sobre “maternidad subrogada”, Colegio de Abogados de Madrid, 20 de junio de 2016, disponible en: <https://www.youtube.com/watch?v=Ls1ClEGPtK>, última consulta: 10/04/2019.

<sup>44</sup> Como, entre otras, en las STS 19 octubre 2016 (897/2016); STS 25 octubre 2016 (881/2016); STS 16 noviembre 2016 (953/2016).

<sup>45</sup> Contracciones existentes en la normativa jurídica española sobre la filiación en particular y sobre la regulación de la familia en general que demuestran, una vez más, “las tensiones producidas entre la realidad biológica, la tecnología reproductiva y el lenguaje”. E. CORRAL GARCÍA, “Algunas contradicciones recientes en el derecho de familia: nulidad de la gestación por sustitución y pensiones de viudedad en parejas de hecho”, *Diario La Ley*, n.º. 9428, 2019, p.2.

al hecho de la gestación y del parto, que a la conexión genética del menor con sus padres o al elemento volitivo.

**30.** En respuesta a todo ello, sería necesario modificar la redacción de los artículos del Código Civil español relativos a la filiación, especialmente, el artículo 108, a efectos de dar cabida a una nueva figura autónoma ajustada a los avances en materia de técnicas de reproducción asistida, con fundamento en la vinculación genética del niño con sus progenitores y en la autonomía de la voluntad de las partes, que operase, entre otros supuestos, en el de la gestación por sustitución. Dicho artículo podría quedar redactado del modo siguiente:

“Artículo 108. La filiación podrá tener lugar por *el hecho del parto, por vinculación genética y por adopción. Los dos primeros supuestos de filiación podrán ser de tipo matrimonial y no matrimonial. Es matrimonial cuando ambos progenitores están casados entre sí.*

La filiación matrimonial y la no matrimonial, así como la adoptiva, surten los mismos efectos, conforme a las disposiciones de este Código.”

**31.** Se precisaría también modificar el contenido del artículo 44 de la Ley 20/2011, de 21 de julio, del Registro Civil, sobre la inscripción del nacimiento y de la filiación, para ajustar su tenor literal a la referida modificación del artículo 108 del Código Civil, eliminándose toda mención relativa a la necesidad de hacer constar en el parte facultativo los datos relativos a la identidad de su “madre” –entendida ésta como la mujer que ha dado a luz–, y sustituirlos por la obligación de consignar en el citado documento las circunstancias correspondientes a quienes sean considerados progenitores del recién nacido conforme a las normas civiles, la normativa sobre técnicas de reproducción asistida o a la norma promulgada en materia de gestación subrogada, en caso de que su aprobación se efectuase en un texto independiente a los anteriores.

**32.** De hecho, la normativa española en materia de técnicas de reproducción médicamente asistida ya permite que la filiación pueda quedar determinada mediante una mera declaración de voluntad efectuada a dichos efectos en determinados supuestos<sup>46</sup> pero, sorprendentemente, no se permite que dicha voluntad produzca los mismos efectos en el caso de la gestación subrogada.

**33.** Por otra parte, esta misma normativa contraria a la gestación por sustitución, sí admite la donación de gametos reproductivos y de preembriones<sup>47</sup>, cuando en estos casos, al igual que sucede con la gestación subrogada, nos encontramos ante una mujer que llevará a cabo la gestación de un niño con el que no tiene ninguna conexión genética<sup>48</sup>, radicando la única diferencia en el hecho de que, en el caso de la donación de ovocitos, la mujer que ha gestado al niño será considerada madre del mismo a todos los efectos legales –pese a no haber aportado su material genético–, quedando determinada la filiación por el mero hecho de la gestación y del parto, en base al repetido principio romano “*mater semper certa est*”. Mientras que, en el segundo supuesto, es decir, en la gestación por sustitución, se condena el hecho de que la gestante pueda entregar el menor a sus padres intencionales quienes, a su vez, se hallarán genéticamente vinculados con el menor en la mayoría de los supuestos, y habiendo tenido, en todo momento, la voluntad de convertirse en los progenitores del mismo desde el inicio del proceso.

<sup>46</sup> Como sucede en el caso de dos mujeres casadas, cuando una de ellas se somete a técnicas de reproducción asistida y el art. 7.3 LTRHA permite que su consorte manifieste “conforme a lo dispuesto en la Ley del Registro Civil que consiente en que se determine a su favor la filiación respecto al hijo nacido de su cónyuge”.

<sup>47</sup> Donación que en puridad no es tal, puesto que la misma suele implicar el pago de una cantidad monetaria por las molestias ocasionadas, compensación económica que es en muchas ocasiones el verdadero motivo que lleva a los donantes a proporcionar su material genético.

<sup>48</sup> Salvo en los casos de la gestación por sustitución tradicional, que son aquellos en los que la gestante es la persona que, a su vez, aporta sus propios ovocitos para la fecundación.

#### IV. Consideraciones finales

34. Como ya hemos visto, el concepto de filiación no permanece estático, habiéndose quebrado la tradicional máxima pauliana “*mater semper certa est*” con la irrupción de las técnicas de reproducción asistida. Ello, hace necesario dotar de la correcta adaptación legislativa a las nuevas fórmulas que modifican, reinventan y crean nuevas posibilidades, dándose cabida al elemento genético, junto con el volitivo, frente al hecho biológico del parto.

35. Asimismo, la nulidad de pleno derecho con la que se hallan sancionados este tipo de contratos, no evita que las familias españolas recurran a los mismos tanto dentro, como fuera de nuestras fronteras, ni mucho menos evita los problemas a que estas personas se ven enfrentadas en muchos de los casos.

36. No se pueden poner puertas al campo, la ciencia avanza en muchas ocasiones más rápido que el Derecho y ello hace necesario adaptar las normas y, en muchas ocasiones la conciencia y la moral, a los nuevos retos que se plantean en nuestra sociedad día tras día, debiendo hacer frente a las necesidades y reivindicaciones sociales que, en muchas ocasiones, tardan algún tiempo en inducir la voluntad de los legisladores, pero que son una realidad.

37. Independientemente de que nos posicionemos a favor o en contra de la figura que nos ocupa, la gestación subrogada precisa de una regulación favorable con carácter de urgencia en nuestro país, dado que no se puede negar que se trata de una realidad, que prohibir en ningún caso supone la mejor opción y que, al igual que han hecho países de nuestro entorno cercano, como Portugal o Reino Unido, una adecuada regulación ayudaría a disminuir, e incluso eliminar, el turismo reproductivo, evitaría muchos de los problemas que actualmente su práctica lleva aparejada, permitiría velar por los derechos de las partes, especialmente, los de los futuros niños, y evitaría, en la medida de lo posible, o cuanto menos reduciría, que se cometan ulteriores abusos.

38. Para ello, el legislador debe fijar, de forma clara y sosegada, los límites por los que su práctica deberá discurrir, así como los requisitos exigibles a quienes deseen recurrir a la misma, teniendo presente, en todo momento, el interés superior de los menores, que deberá ser prioritario en el proceso, así como la necesidad de un verdadero consentimiento informado prestado por parte de todos los intervinientes en el mismo.

39. En definitiva, los tiempos cambian, la sociedad y la ciencia avanzan más rápido que el Derecho, y prohibir o mirar hacia otro lado ante ciertas prácticas con las que podemos no estar plenamente conformes pero que son una realidad, en ningún caso supone la mejor opción.

R. Hüßtege/H. - P. Mansel (Hrsg.), BGB: Rom-Verordnungen,  
EuGüVo, EuPartVo, HUP, EuErbVO, Band 6

ALFONSO-LUIS CALVO CARAVACA  
*Catedrático de Derecho Internacional Privado*  
*Universidad Carlos III de Madrid*  
ORCID ID: 0000-0003-2236-4641

DOI: <https://doi.org/10.20318/cdt.2019.5024>

Es gibt zwei Arten von juristischen Büchern: solche, die zur Lösung von Problemen dienen, und solche, die unbrauchbar sind. Unter den ersten nehmen die deutschen Kommentare einen herausragenden Platz ein. Ein Kommentar ist eine umfangreiche und umfassende Arbeit, die, in der Regel, von mehreren Juristen mit einem unterschiedlichen beruflichen Hintergrund unter der Leitung renommierter Juristen nach der Systematik des zu analysierenden Rechtstextes ausgeführt wird. Die jetzt kommentierte Arbeit wurde von einem Team von 23 Juristen ausgeführt, darunter Universitätsprofessoren, Notare, Anwälte und ein Richter. Die Führung übernahmen R. HÜßTEGE (Vorsitzender Richter am Oberlandesgericht a.D., München) und H.-P. MANSEL (Professor für Bürgerliches Recht, Internationales Privatrecht, Rechtsvergleichung und Zivilverfahrensrecht an der Universität Köln).

Es stellt sich die Frage, aus welchen Gründen ein ausländischer Jurist diese Arbeit konsultieren sollte. Dafür gibt es mehrere gute Gründe:

- a) Der Kommentar behandelt einem sehr wichtigen Thema: das Internationale Privatrecht der Europäischen Union und insbesondere folgende internationale Instrumente: Rom-Verordnungen (Rom I [Vertragliche Schuldverhältnisse], Rom II [Außervertragliche Schuldverhältnisse], Rom III [Ehescheidung, Trennung]), EuGüVO (Eheliches Güterrecht), EuPartVO (lebenspartnerschaftliches Güterrecht), HUP (Haager Unterhaltsprotokoll, EuErbVO (Erbrecht). Die EU verfügt über ihr eigenes "System des internationalen Privatrechts", sowie das internationale Privatrecht, über das jeder Staat verfügt. Es ist wahr, dass es sich noch in der Konstruktionsphase befindet und daher unvollständig ist (H.J. SONNENBERGER, "Grenzen der Verweisung durch europäisches internationales Privatrecht", *IPRax*, 31, 4, 2011, 325-335). In diesem Sinne, die Kodifizierung des internationalen Privatrechts ist mehr ein Prozess als eine Tatsache (E.-M. KIENINGER, "Die weitere Kodifikation des europäischen IPR", *IPRax*, 37, 2, 2017, 200-208). Aufgrund seines unaufhaltsamen Wachstums und seiner Berufung zur weltweiten Regulierung des internationalen Privatrechts können wir jedoch bestätigen, dass es bereits ein echtes System des "europäischen internationalen Privatrechts" gibt, das bereits das zentrale System des internationalen Privatrechts aller Mitglieder Staaten ist (M. REQUEJO, "Reflections on the Preambles to the EU Private International Law Regulations", in *Europa als Rechts- und Lebensraum: Liber amicorum für Christian Kohler zum 75. Geburtstag am 18. Juni 2018*, Bielefeld, Giesecking Verlag, 2018, S. 425-439).

---

\* 3ª ed., Baden-Baden, Nomos Verlagsgesellschaft, DeutscherAnwaltVerein, 2019, XLIII-1527 p. ISBN 978-3-8487-4587-6.



- b) Der Kommentar ist traditionell ein gut gebautes und gut eingerichtetes Gebäude. In der Tat kann der Leser eine strenge und sorgfältige Analyse jedes Rechtstextes finden, die von ausgewählten bibliographischen Referenzen und geeigneten juristischen Angaben begleitet wird. Ich freue mich sehr, dass eines der von diesen deutschen Juristen verwendeten Journale unsere Zeitschrift *Cuadernos de Derecho Transnacional CDT* ([www.uc3m.es/cdt](http://www.uc3m.es/cdt)) ist, die führende spanische Fachzeitschrift für internationales Privatrecht, ausländisches Privatrecht, einheitliches Recht und internationales Wirtschaftsrecht.
- c) Dieser Kommentar ist ein sehr vollständiges Werk: Es ist ein Werk, das der Analyse klassischer Themen oder den Themen, die das internationale Privatrecht des 21. Jahrhunderts kennzeichnen, nicht entgeht. **Beispiel 1:** Mit den entsprechenden Nuancen stellt die *neue Lex Mercatoria* eine Reihe von normativen Elementen dar, die von großem Nutzen sind, um die Kontroversen des internationalen Handels zwischen Unternehmen von grenzüberschreitender Dimension zu lösen (*vid., ad ex.,* A.-L. CALVO CARAVACA/ J. CARRASCOSA GONZÁLEZ [DIR.], “Lex mercatoria y arbitraje privado internacional”, in A.-L. CALVO CARAVACA/I. TIRADO MARTÍ [DIR.], *UNIDROIT y la codificación internacional del Derecho privado*, Valencia, Tirant Lo Blanch, 2019, im Druck). NK-BGB/Leible, Rn. 31-37, setzt sich mit diesen Fragen klar und akribisch auseinander. **Beispiel 2:** Seit Jahren wird diskutiert, ob die Schiedsrichter in einem internationalen Schiedsverfahren mit Sitz in einem Staat der Europäischen Union Rom I-VO anwenden können oder sollten. Die Antwort hängt davon ab, wie der Ausschluss eines Schiedsverfahrens vom Artikel 1 II lit. e Rom I-VO interpretiert wird, die Möglichkeit, dass die Schiedsrichter ihre eigenen Regeln des Internationalen Privatrechts formulieren und schließlich, wenn es ein Lex fori der Schiedsgerichte gibt (*vid., ad ex.,* v. BAR/MANKOWSKI, *Internationales Privatrecht*, Band II: Besonderer Teil, 2. Auflage, München, Verlag C.H. Beck, 2019, S. 255-260). Diese Diskussion spiegelt sich in NK-BGB/Brand, *Das anwaltliche Mandat im internationalen Schuldrecht*, Rn. 19 und 28; NK-BGB/Leible Artikel 1 ROM I, Rn. 60-61a. **Beispiel 3:** Das Internet hat unsere Sicht auf die Gesellschaft und die Welt, in der wir leben, verändert (*vid., ad ex.,* A.-L. CALVO CARAVACA/J. CARRASCOSA GONZÁLEZ, *Conflictos de leyes y conflictos de jurisdicción en Internet*, Madrid, Editorial Colex, 2001). Es hat uns gezwungen, unter anderem die Frage des für Internetverträge, Domainregistrierungsverträge, Internetauktionen, Providerverträge, Verbraucherverträge, Internetdelikte und Produkthaftung geltende Recht zu lösen. Der Leser dieses Kommentars findet die Lösung für solche Probleme in NK-BGB/Leible, Artikel 4 ROM I, Rn. 51, 75, 111-117; NK-BGB/Lehmann, Artikel 4 ROM II, Rn. 68 und 111; NK-BGB/Lehmann, Artikel 5 ROM II, Rn. 77.
- d) Ein Kommentar ist ein vielseitiger Text. Es kann für die Ausbildung von Doktoranden, für den Beginn einer akademischen Forschungsarbeit und insbesondere für die berufliche Praxis der verschiedenen Rechtsberufe (Rechtsanwälte, Notare, Richter ...) verwendet werden.

Kurz gesagt, es ist ein Meisterwerk, das in keiner guten Bibliothek, die auf europäisches internationales Privatrecht spezialisiert ist, fehlen darf. Herzlichen Glückwunsch an die Direktoren und Autoren für diese ausgezeichnete Arbeit und an den Nomos-Verlag und Deutscher Anwalt Verein für diese erfolgreiche Initiative.

# 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 diciembre 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).